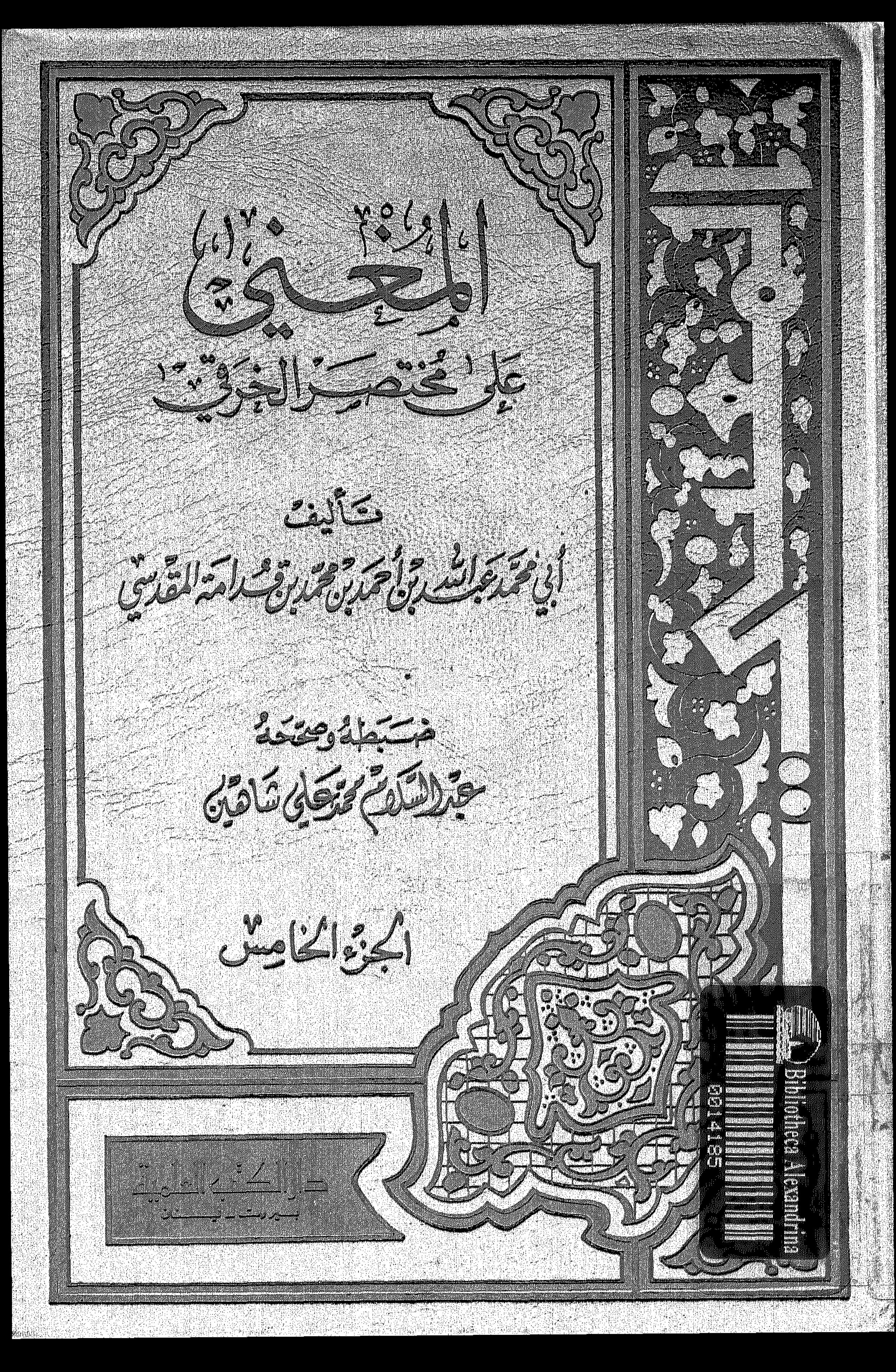

المغني
على مختصر الخرقي
تأليف
أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي
ضبطه وصححه
عبد السلام محمد علي شاهين
الجزء الخامس
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان
Bibliotheca Alexandrina
0014185



تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

ضبطه وصححه

عبد السلام محمد علي شاهين

الجزء الخامس

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب : ٩٤٢٤/١١ - تلكس : Nasher 41245 Le
هاتف : ٣٦٦١٣٥ - ٣٣ ٦٠٢١ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣
فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠ - ٣٣ ٦٠٢١ /٩٦١١/ ٠٠

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الشركة

الشركة: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف. وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]. وقال الله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ﴾ [ص: ٢٤]. والخلطاء: هم الشركاء. ومن السنة: ما روي «أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة. فبلغ رسول الله ﷺ، فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان نسيئة فردوه» وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «يقول الله: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه. فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما» رواه أبو داود. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا» وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة: وإنما اختلفوا في أنواع منها نبينها إن شاء الله تعالى.

والشركة على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود. وهذا الباب لشركة العقود. وهي أنواع خمسة: شركة العنان، والأبدان، والوجوه، والمضاربة والمفاوضة.

ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف، لأنه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع.

فصل: قال أحمد: يشارك اليهودي والنصراني، ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون هو الذي يليه. لأنه يعمل بالربا، وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً، لأنه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال: «أكره أن يشارك المسلم اليهودي». ولا يعرف له مخالف في الصحابة. ولأن مال اليهودي والنصراني ليس بطيب. فإنهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم.

ولنا: ما روى الخلال بإسناده عن عطاء قال: «نهى رسول الله ﷺ عن مشاركة اليهودي والنصراني. إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم» ولأن العلة في كراهة ما خلوا به: معاملتهم

بالربا وبيع الخمر والخنزير. وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه. وقول ابن عباس محمول على هذا فإنه علل بكونهم يربون. كذلك رواه الأثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال: «لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً، لأنهم يربون، وأن الربا لا تحل» وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم. وهم لا يحتجون به. وقولهم: إن أموالهم غير طيبة لا يصح. فإن النبي ﷺ قد عاملهم، ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لأهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة. وأضافه يهودي بخبز وإهالة[1] سنخة[2] ولا يأكل النبي ﷺ ما ليس بطيب وما باعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنه حلال لاعتقادهم حله، ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه «ولوهم بيعها وخذوا أثمانها» فأما ما يشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة فإنه يقع فاسداً، وعليه الضمان. لأن عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير. فأشبه ما لو اشترى به ميتة أو عامل بالربا وما خفي أمره فلم يعلم. فالأصل إباحته وحله، فأما المجوسي: فإن أحمد كره مشاركته ومعاملته، قال: ما أحب مخالطته ومعاملته، لأنه يستحل ما لا يستحل هذا، قال حنبل: قال عمي: لا تشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته. وإن فعل صح. لأن تصرفه صحيح.

مسألة: قال: (وشركة الأبدان جائزة).

معنى شركة الأبدان: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم، فما رزق الله تعالى فهو بينهم. فإن اشتركوا فيما يكتسبون من المباح، كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز. نص عليه أحمد في رواية أبي طالب، فقال: لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال، مثل الصيادين والنقالين والحمالين. قد أشرك النبي ﷺ بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين، ولم يجيئا بشيء؛ وفسر أحمد صفة الشركة في الغنيمة، فقال: يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول. لأن القاتل يختص به دون الغانمين. وبهذا قال مالك. وقال أبو حنيفة: يصح في الصناعة. ولا يصح في اكتساب المباح، كالاحتشاش والاغتنام. لأن الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء لأن من أخذها ملكها. وقال الشافعي: شركة الأبدان كلها فاسدة لأنها شركة على غير مال. فلم تصح. كما لو اختلفت الصناعات.

ولنا: ما روى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله عن عبد الله قال: «اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيء أنا وعمار بشيء. وجاء سعد بأسيرين» ومثل هذا لا يخفى على رسول الله ﷺ، وقد أقرهم عليه وقال أحمد: أشرك بينهم النبي ﷺ.

---

(١) الإهالة: الشحم والسمن والزيت ونحوها.
(٢) السنخة: المتغير طعمها بسبب مكثها مدة طويلة.

فإن قيل: فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى. فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ. وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا؟.

قلنا: **أما الأول**: فالجواب عنه: أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم. ولهذا نقل أن النبي ﷺ قال: «من أخذ شيئاً فهو له» فكان ذلك من قبيل المباحات؛ من سبق إلى أخذ شيء فهو له. ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسلاب والنفل[1]، إلا أن الأول أصح. لقوله: «جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء».

وأما الثاني: فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم. فأنزل الله تعالى: ﴿**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنْفَالِ قُلِ الأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ**﴾ [الأنفال: ١]. والشركة كانت قبل ذلك، ويدل على صحة هذا: أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يخل: إما أن يكون قد أباحهم أخذها، فصارت كالمباحات، أو لم يبحها لهم. فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً. لأنهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بصناعة. وهو يمنع ذلك. ولأن العمل أحد جهتي المضاربة. فصحت الشركة عليه كالمال؛ وعلى أبي حنيفة: أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح. كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة[2] ولا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحات. فإنه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة. فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك، كالتوكيل في بيع ماله.

فصل: وتصح، شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع. فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب: لا تصح. وهو قول مالك. لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه. ويطالب به كل واحد منهما. فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به. فكيف يلزمه عمله: أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟ وقال القاضي: تصح الشركة. لأنهما اشتركا في مكسب مباح فصح، كما لو اتفقت الصنائع. ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الآخر. فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله. ولم يمنع ذلك صحتها. فكذلك إذا اختلفت الصناعتان، وقولهم: يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه. قال القاضي: يحتمل أن لا يلزمه ذلك. لأنهما كالوكيلين بدليل صحتهما في المباح. ولا ضمان فيها. وإن قلنا: يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله، ويدل على صحة هذا: أنه لو قال أحدهما: أنا أتقبل وأنت تعمل. صحت الشركة، وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه.

---

(١) النفل: الغنيمة.
(٢) القصارة: الصباغة.

فصل: وإذا قال أحدهما: أنا أتقبل وأنت تعمل والأجرة بيني وبينك صحت الشركة. وقال زفر: لا تصح. ولا يستحق العامل المسمى. وإنما له أجرة المثل.

ولنا: إن الضمان يستحق به الربح. بدليل شركة الأبدان، وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح. فصار كتقبله المال في المضاربة. والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب، فينزل بمنزلة المضاربة.

فصل: والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه، من مساواة أو تفاضل لأن العمل يستحق به الربح. ويجوز تفاضلهما في العمل. فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما، وإلى أيهما دفعها برىء منها. وإن تلفت في يد أحدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما معاً، لأنهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما، يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله، لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان. فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه، وقال القاضي: يحتمل أن لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر لما ذكرنا من قبل، وما يتلف بتعدي أحدهما أو تفريطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن قرأ أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه. لأن اليد له فيقبل إقراره بما فيها. ولا يقبل إقراره ما في يد شريكه ولا بدين عليه، لأنه لا يد له على ذلك.

فصل: وإن عمل أحدهما دون صاحبه فالكسب بينهما. قال ابن عقيل: نص عليه أحمد في رواية إسحاق بن هانىء. وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الأبدان، فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بشيء قال: نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود. يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين وأخفق الآخران. ولأن العمل مضمون عليهما معاً، وبضمانهما له وجبت الأجرة فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته، ولا يمنع ذلك استحقاقه، كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بإنسان فقصر معه، كانت الأجرة للقصار المستأجر، كذا ها هنا، وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فإن طالب أحدهما الآخر أن يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك. فإن امتنع فللآخر الفسخ، ويحتمل أنه متى ترك العمل من غير عذر أن لا يشارك صاحبه في أجرة ما عمله دونه، لأنه إنما شاركه ليعملا جميعاً. فإذا ترك أحدهما العمل فما وفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته. وإنما احتمل ذلك فيما إذا ترك أحدهما العمل للعذر. لأنه لا يمكن التحرز منه.

فصل: فإن اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراهما فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح. فإذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتهما، ثم حملاه على البهيمين أو غيرهما صح. والأجرة بينهما على ما شرطاه، لأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتهما. ولهما أن يحملاه بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه، وإن أجراهما بأعيانهما على

حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة، ولكل واحد منهما أجر دابته لأنه لم يجد ضمان الحمل في ذممهما. وإنما استحق المشتري منفعة البهيمة التي استأجرها. ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابة التي اكتراها. ولأن الشركة إما أن تنعقد على الضمان في ذممهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما. فإنه لم يثبت في ذممهما ضمان، ولا عملا بأبدانهما ما يجب الأجر في مقابلته، ولأن الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال: أجر عبدك وتكون أجرته بيني وبينك لم تصح كما لو قال: بع عبدك وثمنه بيننا لم تصح. ويحتمل أن تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانهما، فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له أجر مثله، لأنها منافع وفاها بشبهة عقد.

فصل: فإن كان لقصار أداة ولآخر بيت، فاشتركا على أن يعملا بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز، والأجرة على ما شرطاه. لأن الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة. والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لأنهما يستعملان في العمل المشترك. فصارا كالدابتين اللتين أجراهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله، وإن فسدت الشركة قسم ما حصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والآلة. وإن كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء، أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء، فاتفقا على أن يعملا بالآلة أو في البيت والأجرة بينهما جاز. لما ذكرنا.

فصل: وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما شرطا صح. نص عليه في رواية الأثرم ومحمد بن أبي حرب وأحمد بن سعيد. ونقل عن الأوزاعي ما يدل على هذا، وكره ذلك الحسن والنخعي. وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي: لا يصح والربح كله لرب الدابة. لأن الحمل الذي يستحق به العوض منها. وللعامل أجر مثله، لأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة. ولا تصح المضاربة بالعروض، ولأن المضاربة تكون بالتجارة في الأعيان. وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكها، وقال القاضي: يتخرج أن لا يصح، بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح، فعلى هذا إن كان أجر الدابة بعينها فالأجر لمالكها. وإن تقبل حمل شيء فجاز أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجرة والثمن له. وعليه أجرة مثلها لمالكها.

ولنا: إنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها، كالدراهم والدنانير، وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة، وقولهم: إنه ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة. قلنا: نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها. وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد. فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال. وهذا بخلافه، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما يرزقه الله تعالى أو ثلثه جاز، ولا أرى لهذا وجهاً. فإن الإجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل. ولم يوجد، ولأن هذا عقد غير

منصوص عليه، ولا هو في معنى المنصوص. فهو كسائر العقود الفاسدة، إلا أن يريد بالإجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم. وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة. فقال: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع لحديث جابر «أن النبي ﷺ أعطى خيبر على الشطر» وهذا يدل على أنه قد صار في هذا، ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة، لا إلى المضاربة، ولا إلى الإجارة. ونقل أبو داود عن أحمد: فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنيمة: أرجو أن لا يكون به بأس. قال إسحاق بن إبراهيم قال أبو عبد الله: إذا كان على النصف والربع فهو جائز. وبه قال الأوزاعي. ونقل أحمد بن سعيد عن أحمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه، ويكون له ثلث ذلك أو ربعه فجائز، والوجه فيه: ما ذكرناه في مسألة الدابة، وإن دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قمصاناً يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز. نص عليه في رواية حرب، وإن دفع غزلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربعه جاز. نص عليه، ولم يجز مالك وأبو حنيفة والشافعي شيئاً من ذلك، لأنه عوض محمول مجهول وعمل مجهول. وقد ذكرنا وجه جوازه، وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز. نص عليه، وعنه الجواز، والصحيح الأول، وقال أبو بكر: هذا قول قديم. وما روي غير هذا فعليه المعتمد، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يقول: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع. وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين؟ قال: أكرهه. لأن هذا شيء لا يعرف. والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزاً. لحديث جابر «أن النبي ﷺ أعطى خيبر على الشطر» قيل لأبي عبد الله: فإن كان النساج لا يرضى حتى يزاد على الثلث درهماً؟ قال: فليجعل له ثلثاً وعشري ثلث ونصف عشر وما أشبهه، وروى الأثرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وأيوب ويعلى بن حكيم: أنهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر: كره هذا كله الحسن، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي: هذا كله فاسد. واختاره ابن المنذر وابن عقيل، وقالوا: لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد. ولصاحب الشبكة أجر مثلها. وقياس ما نقل عن أحمد: صحة الشركة. وما رزق بينهما على ما شرطاه. لأنها عين تنمي بالعمل فيها. فصح دفعها ببعض نمائها كالأرض.

فصل: قال ابن عقيل: «نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان» وهو أن يعطى الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها، وعلة المنع: أنه جعل له بعض معموله أجراً لعمله فيصير الطحن مستحقاً له عليه. وهذا الحديث لا نعرفه. ولا يثبت عندنا صحته، وقياس قول أحمد: جوازه لما ذكرناه عنه من المسائل.

فصل: فإن كان لرجل دابة ولآخر إكاف[1] وجوالقات[2] فاشتركا على أن يؤجراهما والأجرة بينهما نصفان فهو فاسد، لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها. إذ

---

(١) الإكاف: البرذعة ونحوها مما يوضع على ظهر الدابة.

(٢) والجوالقات: الشوالات التي يعبأ بها الحبوب ونحوها.

تقديره: أجر دابتك لتكون أجرتها بيننا وأؤجر جوالقاتي لتكون أجرتها بيننا، وتكون الأجرة كلها لصاحب البهيمة لأنه مالك الأصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لأنه استوفى منافع ملكه بعقد، هذا إذا أجر الدابة بما عليها من الإكاف والجوالقات في عقد واحد. فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفرداً فلكل واحد منهما أجر ملكه. وهكذا لو قال رجل لصاحبه: أجر عبدي والأجر بيننا كان الأجر لصاحبه وللآخر أجر مثله. وكذلك في جميع الأعيان.

فصل: فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية[1] ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحمد. فإنه قد نص في الدابة يدفعها إلى آخر يعمل عليها على أن لهما الأجرة على الصحة. وهذا مثله. لأنه دفع دابته إلى آخر يعمل عليها والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه، وهذا قول الشافعي. ولأنها وكلاء العامل في كسب مباح بآلة دفعاها إليه. فأشبه ما لو دفع إليه أرضه ليزرعها وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى، ومن آخر بغل، ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك. فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح. وكان بينهم على ما شرطوه. وقال القاضي: العقد فاسد في المسألتين جميعاً. وهو ظاهر قول الشافعي: لأن هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة، لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولأن من شروطهما عود رأس المال سليماً، بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفي رأس المال بكماله. والراوية ها هنا تخلق وتنقص، ولا إجارة، لأنها تفتقر إلى مدة معلومة وأجر معلوم. فتكون فاسدة فعلى هذا يكون الأجر كله في المسألة الأولى للسقاء. لأنه لما غرف الماء في الإناء ملكه. فإذا باعه فثمنه له. لأنه عوض ملكه. وعليه لصاحبيه أجر المثل لأنه استعمل ملكهما بعوض لم يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر الإجارات الفاسدة، وأما في المسألة الثانية: فإنهم إذا طحنوا لرجل طعاماً بأجرة نظرت في عقد الإجارة. فإن كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالأجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل. وإن نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفرداً أو استأجر من جميعهم، فقال: استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم أرباعاً، لأن كل واحد منهم قد لزمه طحن ربعه بربع الأجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله. وإن قال: استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى، وهذا الرجل بكذا، وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح. والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين. وفي الآخر: يكون بينهم أرباعاً، بناء على ما إذا تزوج أربعاً بمهر واحد أو كاتب أربعة أعبد بعوض واحد، هل يكون العوض أرباعاً أو على قدر قيمتهم على وجهين:

---

(١) الراوية: القربة ونحوها التي يسقى بها الماء.

مسألة: قال: (وإن اشترك بدنان بمال أحدهما، أو بدنان بمال غيرهما، أو بدن ومال، أو مالان وبدن صاحب أحدهما، أو بدنان بماليهما تساوى المال أو اختلف فكل ذلك جائز).

ذكر أصحابنا للشركة الجائزة أربعاً. وقد ذكرنا نوعاً منها. وهو شركة الأبدان، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الخرقي في خمسة أقسام ثلاثة منها المضاربة: وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال، أو مالان وبدن صاحب أحدهما.

وقسم منها شركة الوجوه: وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما. فقال القاضي معنى هذا القسم: أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة. فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما. لأنهما إذا أخذ المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما، وهذا محتمل. والذي قلنا: له وجه، لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما، واخترنا هذا التفسير، لأن كلام الخرقي بهذا التقدير يكون جامعاً لأنواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضي يكون مخلاً بنوع منها وهي شركة الوجوه. ويكون هذا المذكور نوعاً من المضاربة. ولأن الخرقي ذكر الشركة بين اثنين. وهو صحيح على تفسيرنا، وعلى تفسير القاضي: تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف ظاهر قول الخرقي.

والقسم الخامس: إذا اشترك بدنان بماليهما، وهذه شركة العنان. وهي شركة متفق عليها.

فأما شركة الوجوه: فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهم، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثاً أو أرباعاً أو نحو ذلك، ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما. فهي جائزة، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو وقته، أو ذكر صنف المال، أو لم يعين شيئاً من ذلك، بل قال: ما اشتريت من شيء فهو بيننا. وقال أحمد في رواية ابن منصور: في رجلين اشتركا بغير رؤوس أموالهما على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما، فهو جائز. وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسين وابن المنذر، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال، أو صنفاً من الثياب، وقال مالك والشافعي: يشترط ذكر شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعين الجنس وغيره من شرائط الوكالة.

ولنا: إنهما اشتركا في الابتياع. وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان ما يتبايعانه بينهما، كما لو ذكر شرائط الوكالة، وقولهم: إن الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا. وإن سلمنا ذلك. فإنما يعتبر في الوكالة المفردة. أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان. فإن في ضمنهما توكيلاً. ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا ها هنا، فعلى هذا إذا قال لرجل: ما اشتريت اليوم من شيء فهو

بيني وبينك نصفان، أو أطلق الوقت، فقال: نعم، أو قال: ما اشتريت أنا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز. وكانت شركة صحيحة. لأنه أذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما، وهذا معنى الشركة، ويكون توكيلاً له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن. فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع، سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق، وكذلك إذا قالا: ما اشتريناه أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا. فهو شركة صحيحة. وهما في تصرفاتهما وما يجب لهما وعليهما وفي إقرارهما وخصومتهما وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سنذكره إن شاء الله تعالى. وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انعزل، لأنه وكيله، وسميت هذه شركة الوجوه، لأنهما يشتركان فيما يشتريان بجاههما والجاه والوجه واحد، يقال: فلان وجيه، إذا كان ذا جاه. قال الله تعالى في موسى عليه السلام: ﴿وَكَانَ عِنْدَ اللَّهِ وَجِيهاً﴾ [الأحزاب: ٦٩]. وفي بعض الآثار: أن موسى عليه السلام قال: يا رب إن كان قد خلق جاهي عندك فأسألك بحق النبي الأمي الذي تبعثه في آخر الزمان فأوحى الله تعالى إليه ما خلق جاهك عندي وإنك عندي لوجيه[1].

فصل: **القسم الثاني**: أن يشترك بدنان بماليهما. وهذا النوع الثالث من أنواع الشركة وهي شركة العنان. ومعناها: أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملا فيهما بأبدانهما والربح بينهما. وهي جائزة بالإجماع ذكره ابن المنذر. وإنما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقيل: سميت بذلك، لأنهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير. فإن عنانيهما يكونان سواء، وقال الفراء: هي مشتقة من عن الشيء إذا عرَض. يقال: عنت لي حاجة إذا عرضت. فسميت الشركة بذلك. لأن كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه، وقيل: هي مشتقة من المعانتة. وهي المعارضة. يقال: عانت فلاناً إذا عارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله وهذا يرجع إلى قول الفراء.

فصل: ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير، فإنها قيام الأموال وأثمان البياعات. والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ إلى زمننا من غير نكير، فأما العروض فلا تجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب. نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب. وحكاه عن ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبي كثير والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي. لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها له أو أثمانها لا يجوز وقوعها على أعيانها لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله. وهذه لا مثل لها فيرجع إليه. وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال. وقد تنقص قيمته، فيؤدي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لأن القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته، لأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها

(١) من روى هذا الأثر؟ الظاهر: أنه من الإسرائيليات الدخيلة.

على أثمانها. لأنها معدومة حال العقد ولا يملكانها، ولأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان، ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية أخرى: أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال. قال أحمد: إذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا، وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع؟ قال: جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها، اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس والأوزاعي وحماد بن أبي سليمان. لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعاً، وكون ربح المالين بينهما، وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان. فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد، كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي: إن كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب والأدهان جاز الشركة بها في أحد الوجهين. لأنها من ذوات الأمثال. أشبهت العقود ويرجع عند المفاصلة بمثلها. وإن لم تكن من ذوات الأمثال لم يجز وجهاً واحداً، لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها.

ولنا: إنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل العروض وما لا مثل له كالمضاربة. وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض، ولأنها ليست بعقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له.

فصل: والحكم في النقرة[1] كالحكم في العروض. لأن قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض. وكذلك الحكم في المغشوش من الأثمان قل الغش أو كثر. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كان الغش أقل من النصف جاز. وإن كثر لم يجز: لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول.

ولنا: إنها مغشوشة. فأشبه ما لو كان الغش أكثر. ولأن قيمتها تزيد وتنقص، أشبهت بالعروض. وقولهم: الاعتبار بالغالب، ليس بصحيح. فإن الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة. وكذلك الذهب. اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً جداً لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار. مثل الحبة ونحوها. فلا اعتبار به لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره.

فصل: ولا تصح الشركة بالفلوس، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك. ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة[2]. فإن أحمد قال: لا أرى السلم في الفلوس. لأنه يشبه التصرف. وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها ثمن، فجازت الشركة بها

---

(١) النقرة: القطعة المذابة من الذهب والفضة.

(٢) نافقة: أي رائجة.

كالدراهم والدنانير ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال، نافقة كانت أو غير نافقة، بناء على جواز الشركة بالعروض.

ووجه الأول: أنها تنفق مرة وتكسد أخرى. فأشبهت العروض فإذا قلنا بصحة الشركة فيها فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها. وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض.

فصل: ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزافاً. لأنه لا بد من الرجوع به عند المفاصلة. ولا يمكن مع الجهل والجزاف. ولا يجوز بمال غائب ولا دين. لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة.

فصل: ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس، بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير، نص عليه أحمد، وبه قال الحسن وابن سيرين. وقال الشافعي: لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد، بناء على أن خلط المالين شرط. ولا يمكن إلا في المال الواحد، ونحن لا نشترط ذلك، ولأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، ومتى تفاضلا يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل. نص عليه أحمد: فقال: يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه. وقال: كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي: إذا أرادا المفاصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوم مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه.

ولنا: إن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان: فيكون الرجوع بجنس رأس المال، كما لو كان الجنس واحداً.

فصل: ولا يشترط تساوي المالين في القدر. وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي. وقال بعض أصحاب الشافعي: يشترط ذلك.

ولنا: إنهما مالان من جنس الأثمان. فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا.

فصل: ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناهما وأحضراهما. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك، إلا أن مالكاً شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما. وقال الشافعي: لا يصح حتى يخلطا المالين. لأنهما إذا لم يخلطاهما فمال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه. أو يزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة، كما لو كان من المكيل.

ولنا: إنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة. ولأنه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة، وعلى مالك: فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة. وقولهم: إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع، بل ما يتلف من مالهما وزيادته لهما. لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه، فيكون تلفه منهما وزيادته لهما. وقال أبو حنيفة: متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه.

ولنا: إن الوضيعة والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا.

فصل: ومتى وقعت الشركة فاسدة، فإنهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما. ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله. نص عليه أحمد في المضاربة. واختاره القاضي. وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي. لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد، كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري، إلا أن يكون مال كل واحد منهما مميزاً وربحه معلوماً، فيكون له ربح ماله، ولو ربح في جزء منه ربحاً متميزاً وباقيه مختلط كان له ما تميز من ربح ماله وله بحصته باقي ماله من الربح. واختار الشريف أبو جعفر أنهما يقتسمان الربح على ما شرطاه، ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله، وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها. قال: لأن أحمد قال: إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما اشترطاه، واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة. فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح. والمذهب الأول قاله القاضي، وكلام أحمد محمول على الرواية الأخرى في تصحيح المضاربة بالعروض، لأن الأصل كون ربح مال كل واحد لمالكه. لأنه نماؤه. وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح. فإذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الأصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله.

فصل: وشركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة. لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمنه، وبإذنه له في التصرف وكله، ومن شرط صحتها: أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، فإن أذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها. وإن عين له جنساً أو نوعاً أو بلداً تصرف فيه دون غيره. لأنه تصرف بالإذن فوقف عليه كالوكيل، ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة. لأن هذا عادة التجار، وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه هو وفيما ولي صاحبه، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر. لأن المنافع أجريت مجرى الأعيان فصار كالشراء والبيع، والمطالبة بالأجر لهما وعليهما، لأن حقوق العقد لا تختص العاقد.

فصل: وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره، ولا يزوج الرقيق. لأن الشركة تنعقد على التجارة، وليست هذه الأنواع تجارة سيما تزويج العبد، فإنه محض ضرر، وليس له أن يقرض ولا يحابي. لأنه تبرع وليس له التبرع وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة. لأن ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره. وليس ذلك له، وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لأنه يتضمن إيجاب حقوق في المال، وليس هو من التجارة المأذون فيها، ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطي به سفتجة. لأن في ذلك خطراً لم يؤذن فيه. وليس له أن يستدين على مال الشركة. فإن فعل فذلك له، وله ربحه وعليه وضيعته، قال أحمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجهه ألفاً: فهو له وربحه له والوضيعة عليه، وقال

القاضي: إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما. لأنه تمليك مال بمال فهو كالصراف. ونص أحمد يخالف هذا، ولأنه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز، كما لو ضم إليها ألفاً من ماله، ويفارق الصرف، لأنه بيع وإبدال عين بعين، فهو كبيع الثياب بالدراهم، وليس له أن يقر على مال الشركة. فإن فعل لزم في حقه دون صاحبه، سواء أقر بعين أو دين. لأن شريكه إنما أذن في التجارة، وليس الإقرار داخلاً فيها، وإن أقر بعيب في عين باعها قبل إقراره، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه أحمد. وكذلك إن أقر ببقية ثمن المبيع أو بجميعه أو بأجر للمنادي أو الحمال وأشباه هذا ينبغي أن يقبل. لأن هذا من توابع التجارة، فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه. وإن ردت السلعة عليه بعيب فله أن يقبلها: وله أن يعطي أرش العيب، أو يحط من ثمنه، أو يؤخر ثمنه لأجل العيب. لأن ذلك قد يكون أحط من الرد، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لهما عن غريمهما لزم في حقه. وبطل في حق شريكه. لأنه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه. وإن كان لهما دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز. وبه قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

ولنا: إنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن ينفرد أحدهما به كالإبراء.

فصل: وهل لأحدهما أن يبيع نساء؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب. وسنذكر ذلك، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه، أو اشترى بشيء من ذوات الأمثال وعنده مثله جاز. لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدي مما في يديه. فلا يفضي إلى الزيادة في الشركة. وإن لم يكن في يده نقد ولا مثل جنس ما اشترى به، أو كان عنده فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة، وربحه له وضمانه عليه لأنه استدانه على مال الشركة. وليس له ذلك على ما أسلفناه. والأولى: أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه من أداء الثمن منه ببيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبه ما لو كان عنده نقد. ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه، وهل له أن يبضع أو يودع؟ على روايتين:

إحداهما: له ذلك، لأنه عادة التجار. وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع.

والثانية: لا يجوز، لأنه ليس من الشركة وفيه غرر. والصحيح: أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة. أشبه دفع المتاع إلى الحمال، وفي التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان، بناء على الوكيل. وقيل: يجوز للشريك التوكيل، بخلاف الوكيل، لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد، والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه. لأن التوكيل أخص من عقد الشركة. فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله. لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما أو يرهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين:

أصحهما: أن له ذلك عند الحاجة. لأن الرهن يراد للإيفاء، والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الإيفاء والاستيفاء، فملك ما يراد لهما.

والثاني: ليس له ذلك. لأن فيه خطراً، ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له، وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة، فأما الإقالة فالأولى: أنه يملكها، لأنها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع. وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب إذا رأى المصلحة فيه. فكذلك الفسخ بالإقالة إذا كان الحظ فيه. فإنه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه. ويحتمل أن لا يملكها إذا قلنا: هو فسخ لأن الفسخ ليس من التجارة، وإن قال له: اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة، من الإبضاع، والمضاربة بالمال، والمشاركة به وخلطه بماله والسفر به والإيداع، والبيع نساء والرهن والارتهان، والإقالة ونحو ذلك. لأنه فرض إليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة. فجاز له كل ما هو من التجارة، فأما ما كان بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله. لأنه إنما فوض إليه العمل برأيه في التجارة. وليس هذا منها.

فصل: وإن أخذ أحدهما مالاً مضاربة فربحه له ووضيعته عليه دون صاحبه. لأنه يستحق ذلك في مقابلة عمله، وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه، وقد قال أصحابنا في المضاربة: إذا ضارب لرجل آخر رد ما حصل من الربح في شركة الأول إذا كان فيه ضرر على الأول. فيجيء ها هنا مثله.

فصل: والشركة من العقود الجائزة. تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما. لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة، وإن عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزل فلم يكن له أن يتصرف إلا في قدر نصيبه. وللعازل التصرف في الجميع. لأن المعزل لم يرجع عن إذنه، هذا إذا كان المال ناضاً. وإن كان عرضاً فذكر القاضي: أن ظاهر كلام أحمد: أنه لا ينعزل بالعزل وله التصرف حتى ينض بالمال، كالمضارب إذا عزله رب المال. وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى، أو التصرف بغير ما ينض به المال. وذكر أبو الخطاب: أنه يعزل مطلقاً، وهو مذهب الشافعي. لأنه عقد جائز. فأشبه الوكالة، فعلى هذا إن اتفقا على البيع أو القسمة فعلا. وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع أجيب طالب القسمة دون طالب البيع.

فإن قيل; أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب إليه؟.

فالجواب: أن حق العامل في الربح، ولا يظهر الربح إلا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه. وفي مسألتنا: ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع، فلم يجبر على البيع.

فصل: فإن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف. وله المطالبة بالقسمة، فإن كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك، إلا أنه لا يفعل إلا ما فيه المصلحة للمولى عليه، فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين

فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا. وإن وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الإذن في التصرف، لأنه قد وجب دفعه إليهم فيعزل نصيبهم ويفرقه بينهم. وإن كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث إمضاء الشركة حتى يقضي دينه. فإن قضاه من غير مال الشركة فله الإتمام. وإن قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى.

فصل: **القسم الثالث**: أن يشترك بدن ومال. وهذه المضاربة، وتسمى قراضاً أيضاً. ومعناها: أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه. على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه. فأهل العراق يسمونه مضاربة، مأخوذة من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها للتجارة. قال الله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]. ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح لهم، ويسميه أهل الحجاز القراض. فقيل: هو مشتق من القطع. يقال: قرض الفأر الثوب إذا قطعه. فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل، واقتطع له قطعة من الربح، وقيل: اشتقاقه من المساواة والموازنة. يقال: تقارض الشاعران: إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره، وها هنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا.

وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة. ذكره ابن المنذر. وروي عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده «أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه «أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش إلى العراق، فتسلفا من أبي موسى مالاً وابتاعا به متاعاً، وقدما به إلى المدينة، فباعاه وربحا فيه. فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله. فقالا: لو تلف كان ضمانه علينا. فلم لا يكون ربحه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضاً؟ قال: قد جعلته. وأخذ منهما نصف الربح» وهذا يدل على جواز القرض، وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده «أن عثمان قارضه» وعن قتادة عن الحسن أن علياً قال: إذا خالف المضارب فلا ضمان، هما على ما شرطا» وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام «أنهما قارضا» ولا مخالف لهما في الصحابة. فحصل إجماعاً، ولأن بالناس حاجة إلى المضاربة، فإن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة، وليس كل من يملكها يحسن التجارة. ولأن كل من يحسن التجارة له رأس مال فاحتيج إليها من الجانبين، فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين.

إذا ثبت هذا، فإنها تنعقد بلفظ: المضاربة والقراض لأنها لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها، لأن المقصود المعنى. فجاز بما دل عليه كلفظ التمليك في البيع.

فصل: وحكمها حكم شركة العنان، في أن كل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله، وما منع منه الشريك منع منه المضارب، وما اختلف فيه ثم فها هنا مثله، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة، وما لا يجوز ثم لا يجوز ها هنا على ما فصلناه.

فصل: القسم الرابع: أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة. وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح. ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه، وللعامل ربعه، وذلك لأنه جعل له نصف الربح، فجعلناه ستة أسهم، منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه، وحصة مال شريكه أربعة أسهم، للعامل سهم وهو الربع.

فإن قيل: فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع؟.

قلنا: إنما تمنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل. لأنها تمنعه من التصرف. بخلاف ما إذا كانت مع العامل. فإنها لا تمنعه من التصرف. فلا تمنع من صحة المضاربة، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط فمال صاحبه بضاعة في يده، وليست مضاربة، لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما. فأما إذا قال: ربح مالك لك، وربح مالي لي فقبل الآخر. كان إبضاعاً لا غير. وبهذا كله قال الشافعي، وقال مالك: لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة، كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة.

ولنا: إنهما لم يجعلا أحد العقدين شرطاً للآخر. فلم نمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً.

فصل: إذا دفع إليه ألفاً مضاربة وقال: أضف إليه ألفاً من عندك واتجر بها والربح بيننا، لك ثلثاه ولي ثلثه جاز، وكان شركة وقراضاً، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح، لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعاً له دون العمل.

ولنا: إنهما تساويا في المال وانفرد أحدهما بالعمل. فجاز أن ينفرد بزيادة الربح. كما لو لم يكن له مال. وقولهم: إن الربح تابع للمال وحده ممنوع. بل هو تابع لهما. كما أنه حاصل بهما. فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز. وقال القاضي: يجوز، بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان.

ولنا: إنه اشترط لنفسه جزءاً من الربح لا مقابل له فلا يصح. كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد، وفارق شركة العنان، لأن فيها عملاً منهما، فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسألتنا. وإن جعلا الربح بينهما نصفين ولم يقولا مضاربة جاز. وكان إبضاعاً كما تقدم. وإن قالا مضاربة فسد العقد، لما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: القسم الخامس: أن يشترك بدنان بمال أحدهما، وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما، مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويعملان فيه معاً والربح بينهما، فهذا جائز. ونص عليه أحمد في رواية أبي الحارث. وتكون مضاربة لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من

الربح بعمله في مال غيره، وهذا هو حقيقة المضاربة، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب: إذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح. وهذا مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر، قال: ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلي بينه وبينه. لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب. فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأن يده عليه فيخالف موضوعها، وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل من غير اشتراط.

ولنا: إن العمل أحد ركني المضاربة. فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال، وقولهم: إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل: ممنوع، إنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل. ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما.

فصل: وإن شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح. وهذا ظاهر كلام الشافعي. وقول أكثر الصحابة. ومنعه بعضهم. وهو قول القاضي لأن يد الغلام كيد سيده. وقال أبو الخطاب: فيه وجهان: **أحدهما:** الجواز لأن عمل الغلام مال لسيده. فصح ضمه إليه، كما يصح أن يضم إليه بهيمة يعمل عليها.

فصل: وأما شركة المفاوضة فنوعان:

أحدهما: أن يشتركا في جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان فيصح ذلك. لأن كل نوع منها يصح على انفراده. فصح مع غيره.

والثاني: أن يدخلا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث، أو يجده من ركاز أو لقطة. ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية وضمان غصب وقيمة متلف، وغرامة الضمان أو كفالة. فهذا فاسد، وبهذا قال الشافعي، وأجازه الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة، وحكي ذلك عن مالك، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً: وهي أن يكونا حرين مسلمين، وأن يكون مالهما في الشركة سواء، وأن يخرجا جميع ما يملكانه من جنس الشركة، وهو الدراهم والدنانير، واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة» ولأنها نوع شركة يختص باسم فكان فيها صحيح كشركة العنان.

ولنا: إنه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم، فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة. ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله، فلم يصح كما ذكرنا، ولأن فيه غرراً، فلم يصح كبيع الغرر، وبيان غرره: أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به. وقد أدخلا فيه الأكساب النادرة. والخبر لا نعرفه، ولا رواه أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد. فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه: «ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان» وأما القياس: فلا يصح، فإن اختصاصها باسم لا

يقتضي الصحة، كبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة. وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا.

مسألة: قال: (والربح على ما اصطلحا عليه).

يعني في جميع أقسام الشركة. ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه، أو ما يجمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء. ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله. فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير، كالأجرة في الإجارة، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة.

وأما شركة العنان ـ وهو أن يشترك بدنان بماليهما ـ فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال. وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي: من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال. بدليل أنه يصح عقد الشركة. وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة.

ولنا: إن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد، وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل. فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله، كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب.

يحققه: أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعاً ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان منفرداً. فذلك إذا اجتمعا وأما حالة الإطلاق. فإنه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط. فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه كالمضاربة يصار إلى الشرط، فإذا عدم وقال: الربح بيننا كان بينهما نصفين، وفارق الوضيعة. فإنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة.

وأما شركة الأبدان فهي معقودة على العمل المجرد. وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل. كما ذكرنا في شركة العنان، بل هذه أولى. لانعقادها على العمل المجرد.

وأما شركة الوجوه: فكلام الخرقي بعمومه، يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل، وهو قياس المذهب، لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه. فكذلك هذه. ولأنها تنعقد على العمل وغيره، فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان، وقال القاضي: الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى. لأن الربح يستحق بالضمان. إذ الشركة وقعت عليه خاصة. إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل. والضمان لا تفاضل فيه، فلا يجوز التفاضل في الربح.

ولنا: إنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات. وقول القاضي: لا مال لهما يعملان فيه. قلنا: إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي. فكذا ها هنا.

أما المضاربة التي فيها شركة. وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما: مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما. فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز. لأنه مضارب لصاحبه في ألف، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف، وإن شرطا له دون نصف الربح لم يجز. لأن الربح يستحق بمال وعمل، وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه، وإن جعلا الربح بينهما نصفين فليس هذا شركة ولا مضاربة. لأن شركة العنان تقضي أن يشتركا في المال والعمل والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ولم يجعلا له ها هنا في مقابلة عمله شيئاً، وإنما جعلا الربح على قدر المالين وعمله في نصيب صاحبه تبرع. فيكون ذلك إبضاعاً. وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضاً عن قرض. فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه لم يجز، لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه وذلك غير جائز.

وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويعملان جميعاً فيه، فإن للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقا عليه لأنه مضارب محض فأشبه ما لو لم يعمل معه رب المال، فحصل ما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلحا عليه في جميع أنواع الشركة، سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرحنا.

فصل: ومن شرط صحة المضاربة: تقدير نصيب العامل. لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به، ولو قال: خذ هذا المال مضاربة، ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله. نص عليه أحمد. وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي. وقال الحسن وابن سيرين والأوزاعي: الربح بينهما نصفين. لأنه لو قال: والربح بيننا لكان بينهما نصفين فكذلك إذا لم يذكر شيئاً.

ولنا: إن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد. وقوله: مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح المضاربة له. كما لو قال: ولك جزء من الربح. فأما إذا قال: والربح بيننا، فإن المضاربة تصح ويكون بينهما نصفين، لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر. فاقتضى التسوية كما لو قال: هذه الدار بيني وبينك. وإن قدر نصيب العامل فقال: ولك ثلث الربح أو ربعه أو جزءاً معلوماً أي جزء كان. فالباقي لرب المال. لأنه يستحق في الربح بماله لكونه نماءه وفرعه، والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحقه، وما بقي فلرب المال بحكم الأصل. وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول: ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح، لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء، فتكون المضاربة فاسدة.

والثاني: يصح ويكون الباقي للعامل. وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي. لأن الربح لهما لا يستحقه غيرهما. فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ، كما علم ذلك من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]. ولم يذكر نصيب الأب، فعلم أن الباقي له. ولأنه لو قال: أوصيت بهذه المائة لزيد وعمرو، ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو كذا ها هنا، وإن قال: لي النصف ولك الثلث، وسكت عن السدس صح، وكان لرب المال. لأنه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال. فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه، وإن قال: خذه مضاربة على الثلث أو النصف، أو قال: بالثلث أو الربع صح. وكان تقدير النصيب للعامل. لأن الشرط يراد لأجله. فإن رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل، والعمل يكثر ويقل. وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له، ومتى شرطا لأحدهما شيئاً واختلفا في الجزء المشروط لمن هو؟ فهو للعامل قليلاً كان أو كثيراً لذلك. وإن قال: خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح، وكان له خمسة أتساع، لأن هذا معناه. وإن قال: لك ثلث الربح وربع ما بقي فله النصف. وإن قال: لك ربع الربع وربع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن، وسواء عرفا الحساب أو جهلاه، لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة. فأشبه ما لو شرط الخمسين. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا.

فصل: وإن قال: خذه مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لأنه مجهول، ولا تصح المضاربة إلا على قدر معلوم، وإن قال: خذه ولك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمان ذلك صح. لأنهما أشارا إلى معلوم عندهما، وإن كانا لا يعلمانه أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربة لأنه مجهول.

فصل: وإن قال: خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك كان قرضاً لا قراضاً. لأن قوله: خذه فاتجر به يصلح لهما، وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه. وإن قال مع ذلك: ولا ضمان عليك. فهذا قرض شرط فيه نفي الضمان، فلا ينتفي بشرطه، كما لو صرح به فقال: خذا هذا قرضاً ولا ضمان عليك، وإن قال: خذه فاتجر به والربح كله لي كان إبضاعاً، لأنه قرن به حكم الإبضاع فانصرف إليه. فإن قال مع ذلك: وعليك ضمانه لم يضمنه. لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة، فلا يزول ذلك بشرطه. وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا قال والربح كله لي كان إبضاعاً صحيحاً. لأنه أثبت له حكم الإبضاع فانصرف إليه كالتي قبلها. وقال مالك: يكون مضاربة صحيحة في الصورتين لأنهما دخلا في القراض. فإذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد.

ولنا: إن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما. فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد، كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما، ويفارق ما إذا لم يكن مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبضاع والقراض، بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة. وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب.

فصل: ويجوز أن يدفع مالاً إلى اثنين مضاربة في عقد واحد فإن شرط لهما جزءاً من الربح بينهما نصفين جاز. وإن قال لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو، كان بينهما نصفين. لأن إطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية. كما لو قال لعامله: والربح بيننا. وإن شرط لأحدهما ثلث الربع وللآخر ربعه وجعل الباقي له جاز. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك: لا يجوز، لأنهما شريكان في العمل بأبدانهما، فلا يجوز تفاضلهما في الربح كشريكي الأبدان.

ولنا: إن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفرد، ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه. فجاز تفاضلهما في العوض كالأجيرين. ولا نسلم وجوب التساوي في شركة الأبدان، بل هي كمسألتنا في جواز تفاضلهما. ثم الفرق بينهما: أن ذلك عقد واحد. وهذان عقدان.

فصل: وإن قارض اثنان واحداً بألف لهما جاز. وإذا شرطا له ربحاً متساوياً منهما جاز وإن شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز. ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه. وإن شرطا كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز، وهذا مذهب الشافعي. وكلام القاضي يقتضي جوازه. وحكي ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور.

ولنا: إن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان. فإذا اشترطا التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يجز، كما لو شرط ربح ماله للتفرد.

فصل: وإذا شرطا جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فإن شرطاه لعبد أحدهما أو لعبديهما صح وكان ذلك مشروطاً لسيده. فإذا جعلا الربح بينهما وبين عبديهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث: وإن شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملاً مع العامل صح، وكانا عاملين، وإن لم يشترطا عليه عملاً لم تصح المضاربة. وبهذا قال الشافعي، وحكي عن أصحاب الرأي: أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال، سواء شرط لقريب العامل أو لقريب رب المال، أو لأجنبي. لأن العامل لا يستحق إلا ما شرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الأصل، والأجنبي لا يستحق شيئاً، لأنه إنما يستحق الربح بمال أو عمل. وليس هذا واحداً منهما، فما شرط لا يستحقه فيرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره.

ولنا: إنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد بـه العقد، كما لو شرط دراهم معلومـة وإن قال: لك الثلثان على أن تعطي امرأتك نصفه فكذلك. لأنه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه.

فصل: والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح، إلا أنهما إذا أطلقاها ولم يذكرا الربح كان بينهما على قدر المالين، وفي شركة الوجوه: يكون على قدر ملكيهما في المشترى لأن لهما أصلاً يرجعان إليه. ويتقدر الربح به، بخلاف المضاربة. فإنه لا يمكن تقدر الربح فيها بالمال والعمل، لكون أحدهما من غير جنس الآخر، فلا يعلم قدره منه. وأما شركة الأبدان فلا مال فيها يقدر الربح به فيحتمل أن يتقدر بالعمل. لأن عمل أحدهما من جنس عمل الآخر. فقد تساويا في أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع إليه. ويحتمل ألا يتقدر به. لأن العمل يقل ويكثر ويتفاضل. ولا يوقف على مقداره، بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة. والله يعلم.

مسألة: قال: (والوضيعة على قدر المال).

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله. فإن كان مالهما متساوياً في القدر فالخسران بينهما نصفين. وإن كان أثلاثاً فالوضيعة أثلاثاً، لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم. وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما. وفي شركة الوجوه: تكون الوضيعة على قدر ملكيهما في المشترى، سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشتريا به أو غير ذلك. والوضيعة في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء، لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال. وهو مختص بملك ربه، لا شيء للعامل فيه. فيكون نقصه من ماله دون غيره. وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة والمزارعة. فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر. وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شيء.

مسألة: قال: (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم).

وجملته: أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة، أو جعل مع نصيبه دراهم، مثل أن يشترط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة. وممن حفظنا ذلك عنه: مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة. وإنما لم يصح ذلك لمعنيين:

أحدهما: أنـه إذا شرط دراهم معلومة احتمـل أن لا يربـح غيرهـا. فيحصل عـلى جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً. وقد يربح كثيـراً فيستضر من شرطت له الدراهم.

والثاني: أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر. فإذا جهلت الأجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به، لأن العـامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربمـا توانى في طلب الـربح لعـدم فائـدته فيـه وحصول نفعـه لغيره، بخلاف ما إذا كان له جزءاً من الربح.

فصل: وإن دفع إليـه ألفين مضـاربة عـلى أن لكل واحـد منهما ربـح ألف، أو على أن لأحدهما ربح أحد الثوبين، أو ربح إحدى السفرتين[1]، أو ربـح تجارتـه في شهر أو عـام بعينه ونحو ذلك. فسد الشرط والمضاربة، لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره. وقد يربح في غيره دونه، فيختص أحدهما بالربح. وذلك يخالف مـوضوع الشركـة ولا نعلم في هذا خـلافاً، وإن دفع إليه ألفاً وقال: لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة وأبو ثور: يجوز. لأن نصف ربحه هو ربح نصفه. فجاز شرطه، كما لو عبر عنه بعبارته الأخرى.

ولنا: إنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض، وكـذلك جعـل الآخر، فلم يجـز، كما لو قال: لك ربح هذه الخمسـمائة ولأنـه يمكن أن يفرد نصف المـال فيربـح فيه دون النصف الآخر، بخلاف نصف الربح. فإنه لا يؤدي إلى انفراده بربح شيء من المال.

مسألة: قال: (والمضارب إذا بـاع بنسيئة بغـير أمر ضمن في إحـدى الروايتـين، والأخرى: لا يضمن).

وجملته: أن المضارب وغيره من الشركاء إذا نص له على التصرف فقال: نقداً أو نسيئـة، أو قال: بنقد البلد أو ذكر نقداً غيره جاز. ولم تجز مخالفته. لأنه متصرف بـالإذن فلا يتصرف في غير ما أذن له فيه كالوكيل. ولأن ذلك لا يمنع مقصود المضاربة. وقـد يطلب بـذلك الفـائدة في العادة، وإن أطلق فلا خلاف في جواز البيع حالاً، وفي البيع نسيئة روايتان:

إحداهما: ليس له ذلك. وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي لأنه نائب في البيـع فلم يجز له البيع نسيئة بغير إذن صريح فيه كالوكيل، وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرف إلا عـلى وجه الحظ والاحتياط، وفي النسيئة تغرير بالمال، وقرينـة الحال تقيـد مطلق الكـلام فيصير كـأنه قال: بعه حالاً.

والثانية: أنه يجوز له البيع نسـاء. وهو قـول أبي حنيفة واختيـار ابن عقيل، لأن إذنـه في التجـارة والمضاربـة ينصرف إلى التجارة المعتـادة. وهذا عـادة التجار. ولأنـه يقصد بـه الربـح

---

(١) السفرتين: تثنية سفرة وهي المرة من السفر.

والربح في النساء أكثر. ويفارق الوكالة المطلقة. فإنها لا تختص بقصد الربح. وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب. فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى، ولأن الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة. فلم يجز تأخيره، بخلاف المضاربة. وإن قال له: اعمل برأيك فله البيع نساء. وكذلك إذا قال له: تصرف كيف شئت. وقال الشافعي: ليس له البيع نساء في الموضعين. لأن فيه غرراً. فلم يجز، كما لو لم يقل ذلك.

ولنا: إنه داخل في عموم لفظه، وقرينة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة. وهذا منها، فإذا قلنا: له البيع نساء فالبيع صحيح. ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمان، إلا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه. فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري. وإن قلنا: ليس له البيع نساء فالبيع باطل. لأنه فعل ما لم يؤذن له فيه. فأشبه البيع من الأجنبي، إلا على الرواية التي تقول: يقف بيع الأجنبي على الإجازة. فهنا هنا مثله. ويحتمل قول الخرقي صحة البيع. فإنه إنما ذكر الضمان. ولم يذكر فساد البيع، وعلى كل حال يلزم العامل الضمان. لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه. فإن قلنا: بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه، إما لتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده إليه، وإن قلنا: بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضاً، لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها. واحتمل أن يضمن الثمن لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع، وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه، بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً.

فصل: وليس له السفر بالمال في أحد الوجهين، وهو مذهب الشافعي، لأن في السفر تغريراً بالمال وخطراً، ولهذا يروى «أن المسافر وماله لعلى قلت[1] إلا ما وقى الله تعالى» أي هلاك. ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالكه.

والوجه الثاني: له السفر به إذا لم يكن مخوفاً، قال القاضي: قياس المذهب جوازه، بناء على السفر بالوديعة، وهذا قول مالك، ويحكى ذلك عن أبي حنيفة، لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً، ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض فملك ذلك بمطلقها، وهذان الوجهان في المطلق.

فأما إن أذن في السفر أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تعين ذلك وثبت ما أمر به. وحرم ما نهي عنه، وليس له السفر في موضع مخوف على الوجهين جميعاً، وكذلك لو أذن في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في طريق مخوف، ولا إلى بلد مخوف. فإن فعل فهو ضامن لما يتلف، لأنه متعد بفعل ما ليس له فعله، وإن سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه. وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان. وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال الحسن والنخعي

---

(١) القلت: بفتح القاف واللام الهلاك.

والأوزاعي ومالك وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي: ينفق من المال بالمعروف إذا شخص به عن البلد. لأن سفره لأجل المال. فكانت نفقته منه كأجر الحمال.

ولنا: إن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطب. ولأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى. فلا يكون له غيره. ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه، فأما إن اشترط له النفقة فله ذلك. وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره. قال أحمد في رواية الأثرم: أحب إلي أن يشترط نفقة محدودة، وإن أطلق صح نص عليه، وله نفقته من المأكول ولا كسوة له. قال أحمد: إذا قال له نفقته فإنه ينفق. قيل له فيكتسي. قال: لا. إنما له النفقة. وإن كان سفره طويلاً يحتاج إلى تجديد كسوة. فظاهر كلام أحمد: جوازها. لأنه قيل له: فلم يشترط الكسوة إلا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلى كسوة؟ فقال: إذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل. ولم يكن ذلك قصده. هذا معناه. وقال القاضي وأبو الخطاب: إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول أو ملبوس بالمعروف، وقال أحمد: ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال. ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة، لأن الأسعار تختلف، وقد تقل وتكثر. فإن اختلفا في قدر النفقة. فقال أبو الخطاب: يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله. فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين. لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر والسفر للمالين. فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك. ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر إما بذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال، فأخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له لأنه إنما يستحق النفقة ما داما في القراض وقد زال، فزالت النفقة. ولذلك لو مات لم يجب تكفينه، وقد قيل: له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتسفيره إلى الموضع الذي أذن له فيه معتقداً أنه مستحق للنفقة ذاهباً وراجعاً. فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك.

فصل: وحكم المضارب حكم الوكيل في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المثل ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله. فإن فعل فقد روي عن أحمد: أن البيع يصح. ويضمن النقص. لأن الضرر ينجبر بضمان النقص، والقياس: أن البيع باطل. وهو مذهب الشافعي، لأنه بيع لم يؤذن له فيه. فأشبه بيع الأجنبي. فعلى هذا إن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضاً. وإن أمكن رده وجب رده إن كان باقياً أو قيمته إن كان تالفاً، ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري فإن أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن. وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن، لأن التلف حصل في يده، وأما ما يتغابن الناس بمثله فغير ممنوع فيه. لأنه لا يمكن التحرز منه وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع. وإن اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال، إلا

أن يجيزه. فيكون له، هذا ظاهر كلام الخرقي، وقال القاضي: إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك. وإن صرح للبائع أنني اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضاً.

فصل: وهل له أن يبيع ويشتري بغير نقد البلد؟ على روايتين:

الأولى: جوازه إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به، كما يجوز أن يبيع عرضاً بعرض ويشتريه به. فإذا قلنا: لا يملك ذلك ففعله فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل. وإن قال له: اعمل برأيك فله ذلك. وهل له الزراعة؟ يحتمل أن لا يملك ذلك. لأن المضاربة لا يفهم من إطلاقها المزارعة. وقد روي عن أحمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل ألفاً وقال اتجر فيها بما شئت فزرع فربح فيه. فالمضاربة جائزة والربح بينهما. قال القاضي: ظاهر هذا: أن قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة. لأنها من الوجوه التي يبتغى بها النماء وعلى هذا لو توى[1] المال كله في المزارعة لم يلزمه ضمانه.

فصل: وله أن يشتري المعيب إذا رأى المصلحة فيه. لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المعيب. فإن اشتراه يظنه سليماً فبان معيباً فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب أو إمساكه وأخذ أرش العيب، فإن اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ. لأن المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الأمر على ما فيه الحظ. وأما الشريكان إذا اختلفا في رد المعيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساك نصيبه، إلا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لهما جميعاً، فلا يلزمه قبول رد بعضه. لأن ظاهر الحال أن العقد لمن وليه. فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتبعيض الصفقة عليه. ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه.

فصل: وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بغير إذنه، لأن عليه فيه ضرراً، فإن اشتراه بإذن رب المال صح. لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه. فإذا أذن لغيره فيه جاز. ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه. لأنه قد تلف. ويكون محسوباً على رب المال. فإن كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة، وإن كان في المال ربح جعل العامل بحصته منه، وإن كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عيناً، لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه. فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه. ولأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك. وإن اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقد. وليس له دفع الثمن من مال المضاربة. وإن فعل ضمن. وبهذا قال الشافعي وأكثر الفقهاء. وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد صحة الشراء. لأنه مال متقوم قابل للعقود. فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال إعتاقه، ويعتق على رب المال وتنفسخ المضاربة فيه. ويلزم العامل

---

(١) توى المال: أي هلك.

ضمانه على ظاهر كلام أحمد، علم بذلك أو جهل. لأن مال المضاربة تلف بسببه، ولا فرق في الإتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل. وفيما يضمنه وجهان:

أحدهما: قيمته، لأن الملك ثبت فيه ثم تلف. فأشبه ما لو أتلفه بفعله.

والثاني: الثمن الذي اشتراه به. لأن التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء. فكان عليه ضمان ما فرط فيه. ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه. وقال أبو بكر: إن لم يكن العامل عالماً بأنه يعتق على رب المال لم يضمن. لأن التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري. فلم يضمن كما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه فتلف به قال: ويتوجه أن لا يضمن وإن علم.

فصل: وإن اشترى امرأة رب المال صح الشراء وانفسخ النكاح، فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان، ذكرناهما في غير هذا الموضع. فإن قلنا: يلزمه رجع به على العامل، لأنه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع، وإن اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفسخ النكاح. لأنها ملكت زوجها. وبهذا قال أبو حنيفة: وقال الشافعي: لا يصح الشراء إذا كان بغير إذنها. لأن الإذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ، وشراء زوجها يضر بها. لأنه يفسخ نكاحها ويضر بها، ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كشراء ابنها.

ولنا: إنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه. فجاز كما لو اشترى أجنبياً، ولا ضمان على العامل فيما يفوت من المهر ويسقط من النفقة، لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة، وإنما هو بسبب آخر. ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال.

فصل: وإن اشترى المأذون له من يعتق على رب المال بإذن صح وعتق فإن كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقلنا: يتعلق الدين برقيته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الغرماء: لأنه الذي أتلف عليهم بالعتق. وإن نهاه عن الشراء فالشراء باطل. لأنه يملكه بالإذن وقد زال بالنهي. وإن أطلق الإذن، فقال أبو الخطاب: يصح شراؤه. لأن من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبي. وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع إليه مالاً. وقال القاضي: لا يصح. لأن فيه إتلافاً على السيد. فإن إذنه يتناول ما فيه حظ. فلا يدخل فيه الإتلاف، وفارق عامل المضاربة. لأنه يضمن القيمة فيزول الضرر. وللشافعي قولان كالوجهين: وإن اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح؟ على وجهين أيضاً كشراء من يعتق بالشراء.

فصل: وإن اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء. فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء، وإن ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح؟ فإن قلنا: يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لأن ما ملكه. وإن قلنا: يملكه بالظهور ففيه وجهان:

أحدهما: لا يعتق، وهو قول أبي بكر، لأنه لم يتم ملكه عليه. لأن الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لذلك.

والثاني: يعتق بقدر حصته من الربح، إن كان معسراً، ويقوم عليه باقيه إن كان موسراً، لأنه ملكه بفعله فيعتق عليه كما لو اشتراه بماله. وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة. لكن عندهم يستسعى في بقيته إن كان معسراً.

ولنا: رواية كقولهم: وإن اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهراً وقت الشراء. وقال الشافعي: إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين. لأنه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال.

ولنا: إنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشريكي العنان.

فصل: وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال. لأن الإذن ما تناول أكثر منه. فإن كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الألف فالشراء فاسد. لأنه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الأول. وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له. لأنه اشترى في ذمته لغيره ما لم يأذن له في شرائه فوقع له، وهل يقف على إجازة رب المال؟ على روايتين. ومذهب الشافعي كنحو ما ذكرنا.

فصل: وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة، سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، فإن فعل فعليه المهر والتعزير. وإن علقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق. لأنها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك. ولا تصير أم ولد له كذلك. وإن ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو هذا قال سفيان وإسحاق. وقال القاضي: إن لم يظهر ربح فعليه الحد. لأنه وطىء في غير ملك ولا شبهة ملك. والمنصوص عن أحمد: أن عليه التعزير. لأن ظهور الربح ينبني على التقويم والتقويم غير متحقق. لأنه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به. فيكون ذلك شبهة في درء الحد لأنه يدرأ بالشبهات.

فصل: وليس لرب المال وطء الأمة أيضاً. لأنه ينقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف. فإن فعل فلا حد عليه لأنها مملوكته. وإن علقت منه صارت أم ولده وولده حر كذلك. وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف إليها بقية المال. فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه.

فصل: وإذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية ليتسرى بها خرج عنها من المضاربة وصار قرضاً في ذمته. لأن استباحة البضع لا تحصل إلا بملكه لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٥].

فصل: وليس لواحد منهما تزويج الأمة. لأنه ينقصها ولا مكاتبة العبد لذلك. فإن اتفقا على ذلك جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما.

فصل: وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة. نص عليه أحمد في رواية الأثرم وحرب وعبد الله قال: إن أذن له رب المال وإلا فلا، وخرج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير إذن الموكل. ولا يصح هذا التخريج. وقياسه على الوكيل ممتنع لوجهين:

أحدهما: أنه إنما دفع إليه المال ها هنا ليضارب به ويدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل.

الثاني: أن هذا يوجب في المال حقاً لغيره، ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فإن فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر: هو في الضمان والتصرف كالغاصب، ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقياً، وبرد بدله إن كان تالفاً أو تعذر رده، فإن طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني على علم بالحال لم يرجع عليه بشيء لأنه دفعه إليه على وجه الأمانة وإن علم بالحال رجع عليه. لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه، وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول. وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع عليه. لأنه غره فأشبه ما لو غره بحرية أمة.

والثاني: لا يرجع، لأن التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه. وإن ربح في المال فالربح لمالكه ولا شيء للمضارب الأول. لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل، وهل للثاني أجر مثله؟ على روايتين:

إحداهما: له ذلك، لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له. فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة.

والثانية: لا شيء له، لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه، فلم يستحق لذلك عوضاً كالغاصب. وفارق المضاربة. لأنه عمل في ماله بإذنه، وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة. ويحتمل أنه إذا اشترى في الذمة يكون الربح له لأنه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبه ما لو لم ينقد الثمن من مال رب المال قال الشريف أبو جعفر: هذا قول أكثرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ويحتمل أنه إن كان عالماً بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب. وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الأول. لأنه غره واستعمله بعوض. لم يحصل له فوجب أجره عليه، كما لو استعمله في مال نفسه. وقال القاضي: إن اشترى بعين المال فالشراء باطل، وإن كان اشترى في الذمة ثم نقد المال، وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف، فدفعه المضارب إلى آخر على أن يكون لرب المال النصف، والنصف الآخر بينهما. فهو على ما اتفقوا عليه. لأن رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع إليه أكثر

منه، والعامـلان على مـا اتفقا عليـه. وهذا قـول قديم للشـافعي: وليس هذا مـوافقاً لأصـول المذهب. ولا لنص أحمد فإن أحمد قال: لا يطيب الـربح للمضـارب ولأن المضارب الأول ليس له عمل ولا مال، ولا يستحق الربح في المضاربة، إلا بواحد منهما، والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه. فلم يستحق ما شرطه له غيره. كما لو دفعـه إليه الغـاصب مضاربـة، ولأنه إذا لم يستحق ما شرطه له رب المـال في المضاربـة الفاسـدة، فما شرطـه له غـيره بغير إذنـه أولى.

فصل: وإن أذن رب المال في دفـع مضاربـة جاز ذلـك. نص عليه أحمـد، ولا نعلم فيه خلافاً. ويكون العامل الأول وكيلاً لرب المال في ذلك. فإذا دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً. وإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح لأنه ليس من جهتـه مال ولا عمل والربح إنما يستحق بواحد منهما. وإن قال: اعمل برأيك، أو بما أراك الله. جـاز له دفعـه مضاربة. نص عليه. لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منـه. ويحتمل أن لا يجـوز له ذلـك. لأن قوله: اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجـارة. وهذا يخـرج به عن المضاربة فلا يتناوله إذنه.

فصل: وليس له أن يخلط مال المضاربة بمالـه. فإن فعـل ولم يتميز ضمنـه، لأنه أمـانة. فهي كالوديعة. فإن قال له: اعمل برأيك جاز لـه ذلك. وهـو قول مـالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشافعي: ليس له ذلك، وعليه الضمان إن فعله. لأن ذلك ليس من التجارة.

ولنا: إنه قد يرى الخلط أصح له. فيـدخل في قـوله: اعمـل برأيـك، وهكذا القـول في المشاركة به ليس له فعلها، إلا أن يقول: اعمل برأيك فيملكها.

فصل: وليس له أن يشتري خمراً ولا خنزيراً، سواء كانا مسلمين أو كـان أحدهمـا مسلماً والآخر ذمياً. فإن فعل فعليه الضمان. وبهذا قال الشافعي، وقال أبـو حنيفة: إن كـان العامـل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها. لأن الملك عنـده ينتقل إلى الـوكيل. وحقـوق العقد تتعلق به، وقال أبو يوسف ومحمد: يصح شراؤه إياها. لأن الملك فيهـا ينتقل إلى الـوكيل. ولا يصـح بيعه، لأنه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله.

ولنا: إنه إن كان العامل مسلماً فقد اشـترى خمراً، ولا يصـح أن يشتري خمـراً ولا يبيعه. وإن كـان ذمياً فقـد اشترى للمسلم مـا لا يصح أن يملكـه ابتداء. فـلا يصح، كـما لو اشـترى الخنزير. ولأن الخمر محرمة فلا يصح شراؤها له كالخنزير والميتـة. لأن ما لا يجـوز بيعه لا يجـوز شراؤه كالميتة والدم. وكل ما جاز في الشركـة جاز في المضـاربة. ومـا جاز في المضـاربة جـاز في الشركة. وما منع منه في أحدهما منع منه في الأخـرى، لأن المضاربـة شركة. ومبنى كـل واحدة منهما على الوكالة والأمانة.

مسألة: قال: (وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر، إذا كان فيه ضرر على الأول. فإن فعل وربح رده في شركة الأول).

وجملة ذلك: أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الأول جاز، وإن لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضاً بغير خلاف. وإن كان فيه ضرر على رب المال الأول ولم يأذن، مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يحتاج إلى أن يقطع زمان ويشغله عن التجارة في الأول ويكون المال الأول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته. لم يجز له ذلك وقال أكثر الفقهاء: يجوز، لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها. فلم يمنع من المضاربة، كما لو لم يكن فيه ضرر، وكالأجير المشترك.

ولنا: إن المضاربة على الحظ والنماء فإذا فعل ما تمنعه لم يكن له، كما لو أراد التصرف بالعين، وفارق ما لا ضرر فيه. فعلى هذا إذا فعل وربح رد الربح في شركة الأول ويقتسمانه. فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية، فيدفع إلى رب المال منها نصيبه، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى ويقاسمه رب المضاربة الأولى. لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول. فكان بينهما كربح المال الأول، فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع إليه لأن العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني. ولأنا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الأولى لاختص الضرر برب المال الثاني. فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه، بل ربما انتفع إذا كان قد شرط الأول النصف والثاني الثلث، ولأنه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فإن كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله. وإن حكمنا بصحتها وجب صرف حصة رب المال إليه بمقتضى العقد وموجب الشرط، والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الأولى من رب الثانية شيئاً، لأنه إنما يستحق بمال أو عمل، وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل. وتعدي المضارب إنما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الأول. وهذا لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو آجر نفسه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك. ولو أوجب عوضاً لأوجب شيئاً مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني. والله أعلم.

فصل: وإن دفع إليه مضاربة واشترط النفقة فكلمه رجل في أن يأخذ له بضاعة أو مضاربة ولا ضرر فيها. فقال أحمد: إذا اشترط النفقة صار أجيراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة. فإنها تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل: فإن كانت لا تشغله؟ فقال: ما يعجبني أن يكون إلا بإذن صاحب المضاربة. فإنه لا بد من شغل. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب. وإن فعل فلا شيء عليه لأنه لا ضرر على رب المضاربة فيه.

فصل: وإن أخذ من رجل مضاربة، ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه أو اتجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه.

فصل: إذا أخذ من رجل مائة قراضاً. ثم أخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبداً فاختلط العبدان ولم يتميزا. فإنهما يصطلحان عليهما، كما لو كانت لرجل حنطة فانثالت عليه أخرى، وذكر القاضي في ذلك وجهين:

أحدهما: يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصته والباقي بينهما نصفين.

والثاني: يكونان للعامل، وعليه أداء رأس المال، والربح له والخسران عليه. وللشافعي قولان كالوجهين، والأول أولى، لأن ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين. فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه، كما لو لم يكونا في يد المضارب، ولأننا لو جعلناهما للمضارب أدى إلى أن يكون تفريطه سبباً لانفراده بالربح وحرمان المتعدى عليه. وعكس ذلك أولى. وإن جعلناهما شريكين أدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه. وليس له فيه مال ولا عمل.

فصل: إذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله، أو اشترى شيئاً نهي عن شرائه. فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي. وعن عليّ رضي الله عنه: لا ضمان على من شورك في الربح، وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري.

ولنا: إنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب. ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى ما لم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد. وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد: أنهما يتصدقان بالربح. وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد. قال القاضي: قول أحمد: يتصدقان بالربح، على سبيل الورع، وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الأوزاعي وقال إياس بن معاوية ومالك: الربح على ما شرطاه. لأنه نوع تعد فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها. وقال القاضي: إذا اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال. وإن اشترى بعين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين، والأخرى هو موقوف على إجازة المالك. فإن أجازه صح وإلا بطل، والمذهب الأول نص عليه أحمد في رواية الأثرم. وقال أبو بكر: لم يرو أنه يتصدق بالربح إلا حنبل. واحتج أحمد بحديث عروة البارقي. وهو ما روى أبو لبيد عن عروة بن الجعد قال: «عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً. فقال: عروة ائت الجلب. فاشتر لنا شاة. فأتيت الجلب فساومت صاحبه. فاشتريت شاتين بدينار. فجئت أسوقهما أو أقودهما، فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منهما شاة بالدينار، فجئت بالدينار والشاة، فقلت: يا رسول الله، هذا ديناركم. وهذه شاتكم قال: وكيف صنعت؟ فحدثته بالحديث. فقال: اللهم

بارك له في صفقة يمينه» رواه الأثرم. ولأنه نماء مال غيره بغير إذن مالكه فكان لمالكه، كما لو غصب حنطة فزرعها، فأما المضارب ففيه روايتان:

إحداهما: لا شيء له، لأنه عقد عقداً لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالغاصب. وهذا اختيار أبي بكر.

والثانية: له أجر. لأن رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح. فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده بإذن. وفي قدر الأجر روايتان:

إحداهما: أجر مثله ما لم يحط بالربح. لأنه عمل ما يستحق به العوض. ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة.

والثانية: له الأقل من المسمى أو أجر المثل. لأنه إن كان الأقل المسمى فقد رضي به. فلم يستحق أكثر منه وإن كان الأقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه. لأنه لم يعمل ما رضي به. وإن قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة. وقال القاضي وأبو الخطاب: إن اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له. رواية واحدة. وإن اشترى بعين المال فعلى روايتين.

فصل: وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه، من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه وإحرازه في الصندوق ونحو ذلك. ولا أجر له عليه، لأنه مستحق للربح في مقابلته، فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة، لأن العمل عليه فأما ما لا يليه العامل في العادة، مثل النداء على المتاع ونقله إلى الخان فليس على العامل عمله. وله أن يكتري من يعمله. نص عليه أحمد. لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه. فرجع فيه إلى العرف. فإن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعاً فلا أجر له، وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً في المنصوص عن أحمد، وخرج أصحابنا وجهاً: أن له الأجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه، هل له أجر لذلك؟ على روايتين. وهذا مثله. والصحيح: أنه لا شيء له في الموضعين. لأنه عمل في مال غيره عملاً لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي.

فصل: وإذا سرق مال المضاربة أو غصب. فعلى المضارب طلبه والمخاصمة فيه في أحد الوجهين. وفي الآخر: ليس عليه ذلك، لأن المضاربة عقد على التجارة، فلا تدخل فيه الخصومة والأول أولى لأنه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة سيما إذا كان غائباً عن رب المال إما لسفر المضارب أو رب المال. فإنه لا يطالب له إلا المضارب، فإن تركه ضاع، فعلى هذا إن ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال غرمه. لأنه ضيعه وفرط فيه، وإن كان رب المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه. ولا يضمنه إذا تركه. لأن رب المال أولى بذلك من وكيله.

فصل: وإذا اشترى للمضاربة عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالأمر إلى رب المال، إن شاء اقتص وإن شاء عفا على غير مال. وتبطل المضاربة فيه، لذهاب رأس المال. وإن شاء عفا على مال. فإن عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها، والربح بينهما على شرطهما، لأنه وجد بدل عن رأس المال، فهو كما لو وجد بدله بالبيع .. وإن كان في العبد ربح فالقصاص إليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه. والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم.

مسألة: قال: (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال).

يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح، سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة، أو الخسران في صفقة والربح في أخرى، أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى. لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال. وما لم يفضل فليس بربح. ولا نعلم في هذا خلافاً، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب: أنه يثبت. هذا الذي ذكره القاضي مذهباً. وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى: أنه لا يملكه إلا بالقسمة. وهو مذهب مالك. وللشافعي قولان كالمذهبين، واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه، ولوجب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان.

ولنا: إن الشرط صحيح. فيثبت مقتضاه. وهو أن يكون له جزءاً من الربح فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقي حصته من الثمرة لظهورها. وقياساً على كل شرط صحيح في عقد. ولأن هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك، ورب المال لا يملكه اتفاقاً. ولا تثبت أحكام الملك في حقه. فلزم أن يكون للمضارب. ولأنه يملك المطالبة بالقسمة. فكان مالكاً كأحد شريكي العنان. ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رأس المال من الربح. وبهذا امتنع اختصاصه بربحه. ولأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ثم قال أحمد: إذا وطىء المضارب جارية من المضاربة، فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده. وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده. وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور.

فصل: وإذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخسر عشرة. ثم أخذ رب المال منها عشرة. فإن الخسران لا ينقص به رأس المال. لأنه قد يربح فيجبر الخسران، لكنه ينقص بما أخذه رب المال. وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درهم، ويبقى رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية أتساع درهم، وإن كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين. لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران. وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع. وكذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال ليبقي رأس المال ثلاثة

وثمانين وثلثاً لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلث. ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين. لأنه أخذ نصف المال فبقي نصف المال. وإن أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلثاً. لأنه أخذ ربع المال وسدسه فبقي ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا، وإن أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لأن ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة. فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته إياه، وقد أخذ من الربح عشرة لأن سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما، وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين.

فصل: إذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين. وهو قول الشافعي. ويصح في الأخرى، وبه قال مالك والأوزاعي وأبو حنيفة: لأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه، وكما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين.

ولنا: إنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه. وفارق المكاتب. فإن السيد لا يملك ما في يده. ولهذا لا يزكه، وله أخذ ما فيه شفعة بها، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال. ويحتمل أن يصح إذا استغرقته الديون لأن الغرماء يأخذون ما في يده. والصحيح الأول. لأن ملك السيد لم يزل عنه وإن استحق أخذه كمال المفلس.

فصل: وإن اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح. نص عليه أحمد. وبه قال مالك والثوري والأوزاعي وإسحاق. وحكي ذلك عن أبي حنيفة. وقال أبو ثور: البيع باطل. لأنه شريك.

ولنا: إنه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً إذا ظهر ربح. لأنه يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال. ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما سنذكره.

فصل: وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لأنه ملكه وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، وتتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه، وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز. لأنه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه، إن لم يكونا يعلمان كيله فلا بد من كيله، يعني أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز.

فصل: ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليحرز فيها مال الشركة أو غرائر جاز. نص عليه أحمد في رواية صالح، وإن استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته ففيه روايتان:

إحداهما: الجواز لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان كمال الأجنبي.

والأخرى: لا يجوز لأن هذا لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل ولا يمكن إيفاء العمل في المشترك. لأن نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر. فإذاً لا تجب الأجرة، والدار والغرائر لا يعتبر فيهما إيقاع العمل إنما تجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه.

مسألة: قال: (وإذا اشترى سلعتين فربح في إحداهما وخسر في الأخرى جبرت الوضيعة من الربح).

وجملته: أنه إذا دفع إلى المضارب ألفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح. ولا يستحق المضارب شيئاً إلا بعد كمال الألفين. وبهذا قال الشافعي إلا فيما إذا تلف أحد العبدين. فإن أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً أن التالف من رأس المال، لأنه بدل أحد الألفين. ولو تلف أحد الألفين كان رأس المال، فكذلك بدله.

ولنا: إنه تلف بعد أن دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح، كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً فاشترى به سلعتين، ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى فجبر تلفها به، كما لو كان رأس المال ديناراً. ولأنه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا، فأما إن تلف أحد الألفين قبل الشراء به والصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف. وكان رأس المال الباقي خاصة. وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي: أن التالف من الربح ورأس المال الألفان معاً، لأن المال إنما يصيره قراضاً بالقبض. فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده.

ولنا: إنه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه. فكان رأس المال الباقي كما لو تلف القبض وفارق ما بعد التصرف. لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح.

فصل: وإذا دفع إليه ألفاً مضاربة ثم دفع إليه ألفاً آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز وصار مضاربة واحدة. كما لو دفعهما إليه مرة واحدة، وإن كان بعد التصرف في الأول في شراء المتاع لم يجز. لأن حكم الأول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصاً به فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد. فإن نص الأول جاز ضم الثاني إليه لزوال المعنى. وإن لم يأذن له في ضم الثاني إلى الأول لم يجز له ذلك. نص عليه أحمد. وقال إسحاق: له ذلك قبل أن يتصرف في الأول.

ولنا: إنه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك.

فصل: قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضارب بربح ويضع مراراً. فقال: يرد الوضيعة على الربح، إلا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده إليه فيقول: اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضيعة الأول. فهذا ليس في نفسي منه شيء. وأما ما لم يدفع إليه فحتى يحتسبا حساباً كالقبض، كما قال ابن سيرين، قيل: وكيف يكون حساباً كالقبض؟ قالوا: يظهر المال يعني ينض ويجيء، فيحتسبان عليه. فإن شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال: لا يحتسبان إلا على الناض. لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب: قيل لأحمد: رجل دفع إلى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها، ثم قال له: اذهب فاعمل بها فربح؟ قال: يقاسمه ما فوق الألف، يعني إذا كانت الألف ناضة حاضرة، إن شاء صاحبها قبضها. فهذا الحساب الذي كالقبض. فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية. كما لو قبضها منه ثم ردها إليه. فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف درهم، ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئاً بإذن صاحبه والمضاربة بحالها ثم سافر المضارب به فخسر كان على المضارب رد ما أخذه من الربح. لأننا تبينا أنه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة.

فصل: وإذا قارض في مرضه صح، لأنه عقد يبتغى به الفضل، فأشبه البيع والشراء. وللعامل ما شرط له من الربح وإن زاد على شرط مثله وإلا يحتسب به من ثلثه. لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال، وإنما حصل بعمل المضارب في المال. فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل، بخلاف ما لو حابى الأجير في الأجر، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه. لأن الأجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه. لأن الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح في المضاربة. واحتمل أن يكون من ثلثه. لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه، والربح لا يخرج عن عين المال إنما حصل بالتقليب.

فصل: وإذا مات رب المال. قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه، لأنه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه وليس لرب المال شيء من نصيبه فهو كالشريك بماله، ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدماً كحق الجناية، ولأنه متعلق بالمال قبل الموت، فكان أسبق كحق الرهن.

فصل: وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار ديناً في ذمته. ولصاحبه أسوة الغرماء. وقال الشافعي: ليس على المضارب شيء. لأنه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت: فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك.

ولنا: إن الأصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة. ولا سبيل إلى معرفة عينه. فكان ديناً كالوديعة إذا لم تعرف عينها. ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق رب المال. لأن الأصل

بقاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه، ولا سبيل إلى إعطائه عيناً من هذا المال. لأنه يحتمل أن يكون من غير مال المضاربة، فلم يبق إلا تعلقه بالذمة.

مسألة: قال: (وإذا تبين للمضارب أن في يده فضلاً لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال).

وجملته: أن الربح إذا ظهر في المضاربة لم يجز للمضارب أخذ شيء منه بغير إذن رب المال. لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً وإنما لم يملك ذلك لأمور ثلاثة:

أحدها: أن الربح وقاية لرأس المال. فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جائزاً له. فيخرج بذلك عن أن يكون ربحاً.

الثاني: أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه.

الثالث: أن ملكه عليه غير مستقر. لأنه يعرض أن يخرج عن يده بجبران خسارة المال. وإن أذن رب المال في أخذ شيء جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما.

فصل: وإن طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول الممتنع. لأنه إن كان رب المال فلأنه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح. وإن كان العامل فإنه لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وإن تراضيا على ذلك جاز. لأن الحق لهما وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على أن يأخذ كل واحد منهما شيئاً معلوماً ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه أو نصف خسران المال إذا اقتسما الربح نصفين. وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة: لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر: إذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله. فأكثر أهل العلم يقولون يرد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله.

ولنا: على جواز القسمة أن المال لهما. فجاز لهما أن يقتسما بعضه كالشريكين، أو نقول: إنهما شريكان، فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي العنان.

فصل: والمضاربة من العقود الجائزة. تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان. وبموته وجنونه والحجر عليه لسفه. لأنه متصرف في مال غيره بإذنه فهو كالوكيل ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده، فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه. وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه، وإن انفسخت والمال عَرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز. لأن الحق لهما لا يعدوهما. وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع، وهو قول إسحاق والثوري. لأن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع. وإن لم يظهر ربح لم يجبر. لأنه لا حق له فيه وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على بيعه، وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال بعضهم: فيه وجه آخر. أنه يجبر على البيع. لأنه ربما زاد فيه زائد أو رغب فيه راغب فزاد على ثمن المثل، فيكون للعامل في البيع حظ.

ولنا: إن المضارب إنما استحق الربح إلى حين الفسخ، وذلك لا يعلم إلا بالتقويم. ألا ترى أن المستعير إذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك. لأنه مستحق للأرض فهاهنا أولى. وما ذكروه من احتمال الزيادة بزيادة مزايد أو راغب على قيمته فإنما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل، وإن طلب رب المال البيع وأبى العامل ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر العامل على البيع. وهو قول الشافعي. لأن عليه رد المال ناضًا كما أخذه.

والثاني: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح، لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال. فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده، فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو دراهم فصار دنانير فهو كما لو كان عرضاً على ما شرح، وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي. لأنه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه. ولأنه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد رأس ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح.

فصل: وإن انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه، سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن ظهر ربح لزم تقاضيه. وإن لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه. لأنه لا غرض له في العمل. فهو كالوكيل.

ولنا: إن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته، والديون لا تجري مجرى الناض. فلزمه أن ينضه، كما لو ظهر في المال ربح، وكما لو كان رأس المال عرضاً، ويفارق الوكيل، فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه، ولهذا لا يلزمه بيع العروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال. فإن اقتضى منه قدر رأس المال، أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً. لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته، ووصول كل واحد منهما إلى حقه منه، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه.

فصل: وأي المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض. لأنه عقد جائز فانفسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل. فإن كان الموت أو الجنون برب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز، ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة. وهذه الإشاعة لا تمنع لأن الشريك هو العامل، وذلك لا يمنع التصرف، فإن كان المال عرضاً وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد: جوازه. لأنه قال في رواية علي بن سعيد: إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ولا يشتري إلا بإذن الورثة، فظاهر هذا: بقاء العامل على قراضه. وهو منصوص الشافعي، لأن هذا إتمام للقراض لا ابتداء له، ولأن القراض إنما منع في العروض. لأنه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قسمتها ويختلف ذلك باختلاف الأوقات. وهذا غير موجود ها هنا لأن رأس المال غير العروض وحكمه باق. ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي. وذكر القاضي وجهاً آخر: أنه لا يجوز. لأن القراض قد بطل

بالموت. وهذا ابتداء قراض على عروض. وهذا الوجه أقيس. لأن المال لو كان ناضًا كان ابتداء قراض، وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال، وإن كان المال ناضاً بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ها هنا وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصتهما من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصاً وهذا لا يجوز في القراض بغير خلاف. وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشتري بإذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض فأما إن مات العامل أو جن وأراد ابتداء القراض مع وارثه أو وليه فإن كان ناضاً جاز، كما قلنا فيما إذا مات رب المال. وإن كان عرضاً لم يجز ابتداء القراض إلا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض، بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد. لأن الذي كان منه العمل قد مات أو جن وذهب عمله ولم يخلف أصلاً يبني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال. فإن المال القارض عليه موجود ومنافعه موجودة، فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه. وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك، فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع. لأن رب المال إنما رضي باجتهاد مورثه. فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم ليبيعه. فأما إن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء. لأن القراض انفسخ. فأما البيع فإن الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا فسخت المضاربة ورب المال حي.

فصل: إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق العقد به وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له، والثمن عليه، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك. وهل يقف على إجازة بيت المال؟ على روايتين:

إحداهما: إن أجازه فالثمن عليه والمضاربة بحالها. وإن لم يجزه لزم العامل.

والثانية: هو للعامل على كل حال. فإن اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق. ويلزم رب المال الثمن، ويصير رأس المال الثمن دون التالف. لأن الأول تلف قبل التصرف فيه. وهذا قول بعض الشافعية. ومنهم من قال: رأس المال هذا والتالف وحكي ذلك عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن.

ولنا: إن التالف تلف قبل التصرف فيه. فلم يكن من رأس المال، كما لو تلف قبل الشراء، ولو اشترى عبدين بمال المضاربة فتلف أحد العبدين كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه. لأنه تلف بعد التصرف فيه، وإن تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة لزوال مالها كله، فإن دفع إليه رب المال بعد ذلك ألفاً كان الألف رأس المال ولم يضم إلى المضاربة الأولى. لأنها انفسخت لذهاب مالها.

مسألة: قال: (وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما. كان الربح بينهما والوضيعة على المال).

وجملته: أنه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضيعة فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافاً والعقد صحيح. نص عليه أحمد. وهو قول أبي حنيفة ومالك. وروي عن أحمد: أن العقد يفسد به. وحكي ذلك عن الشافعي، لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم والمذهب الأول.

ولنا: إنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به، كما لو شرط لزوم المضاربة، ويفارق شرط الدراهم. لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح مجهولة.

فصل: والشروط في المضاربة تنقسم قسمين: صحيح، وفاسد، فالصحيح: مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال، أو أن يسافر به، أو لا يتجر إلا في بلد بعينه. أو نوع بعينه أو لا يشتري إلا من رجل بعينه، فهذا كله صحيح، سواء كان هذا النوع مما يعم وجوده، أو لا يعم، والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال مالك والشافعي: إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده، كالياقوت الأحمر والخيل البلق. لم يصح، لأنه يمنع مقصود المضاربة وهو التقليب وطلب الربح. فلم يصح، كما لو اشترط أن لا يبيع ويشتري إلا من فلان، أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به.

ولنا: إنها مضاربة خاصة: لا تمنع الربح بالكلية. فصحت كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع يعم وجوده. ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع. فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة. وقولهم: إنه يمنع المقصود: فممنوع. وإنما يقلله، وتقليله لا يمنع الصحة، كتخصيصه بالنوع، ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال. فإنه يمنع الربح بالكلية. وكذلك إذا قال: لا تبع إلا من فلان، ولا تشتر إلا من فلان. فإنه يمنع الربح أيضاً. لأنه لا يشتري ما باعه إلا بدون ثمنه الذي باعه به، ولهذا لو قال: لا تبع إلا ممن اشتريت منه. لم يصح لذلك.

فصل: ويصح تأقيت المضاربة، مثل أن يقول: ضاربتك على هذه الدراهم سنة. فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتر قال مهنا: سألت أحمد عن رجل أعطى رجلاً ألفاً مضاربة شهراً؟ قال: إذا مضى شهر يكون قرضاً قال: لا بأس. قلت: فإن جاء الشهر وهي متاع. قال: إذا باع المتاع يكون قرضاً. وقال أبو الخطاب: في صحة شرط التأقيت روايتان:

إحداهما: هو صحيح. وهو قول أبي حنيفة.

والثانية: لا يصح. وهو قول الشافعي ومالك. واختيار أبي حفص العكبري لثلاثة معان:

أحدها: أنه عقد يقع مطلقاً. فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح.

الثاني: أن هذا ليس من مقتضى العقد، ولا له فيه مصلحة. فأشبه ما لو شرط أن لا يبيع، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد: أنه يقتضي أن يكون رأس المال ناضاً. فإذا منعه البيع لم ينض.

الثالث: أن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل. لأنه قد يكون الربح والحظ في بقية المتاع، وبيعه بعد السنة. فيمتنع ذلك بمضيها.

ولنا: إنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع، فجاز توقيته في الزمان كالوكالة، والمعنى الأول الذي ذكروه يبطل بالوكالة والوديعة، والمعنى الثاني والثالث: يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع لأن لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت إذا رضي أن يأخذا بماله عرضاً، فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو مقتضى العقد فصح كما لو قال: إذا انقضت السنة فلا تشتر شيئاً. وقد سلموا صحة ذلك.

فصل: وإذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح، سواء كان في الحضر أو السفر، وقال الشافعي: لا يصح في الحضر.

ولنا: إن التجارة في الحضر إحدى حالتي المضاربة، فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر. ولأنه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح، كما لو اشترطها في الوكالة.

فصل: والشروط الفاسدة: تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة، أو لا يعزله مدة بعينها، أو لا يبيع إلا برأس المال أو أقل، أو لا يبيع إلا ممن اشترى منه، أو شرط ألا يشتري، أو لا يبيع، أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك. فهذه شروط فاسدة، لأنها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح، أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل.

القسم الثاني: ما يعود بجهالة الربح. مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً، أو ربح أحد الكسبين، أو أحد الألفين أو أحد العبدين، أو ربح إحدى السفرتين، أو ما يربح في هذا الشهر، أو أن حق أحدهما في عبد يشتريه، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه، أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي. فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح، أو إلى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة: كون الربح معلوماً.

القسم الثالث: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه. مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر، أو يأخذه بضاعة أو قرضاً، أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع، مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة. أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضيعة، أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن، أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك. فهذه كلها شروط فاسدة. وقد ذكرنا كثيراً منها في

غير هذا الموضع معللاً، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة، لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد العقد، كما لو جعل رأس المال خمراً أو خنزيراً، ولأن الجهالة تمنع من التسليم فتفضي إلى التنازع والاختلاف. ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب.

وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه: أن العقد صحيح. ذكره عنه الأثرم وغيره. لأنه عقد يصح على مجهول. فلم تبطله الشروط الفاسدة، كالنكاح والعتاق والطلاق، وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى: أنها تفسد العقد لأنه شرط فاسد. فأفسد العقد كشرط دراهم معلومة، أو شرط أن يأخذ له بضاعة. والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء.

فصل: وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة:

أحدها: أنه إذا تصرف نفذ تصرفه. لأنه أذن له فيه. فإذا بطل العقد بقي الإذن. فملك به التصرف كالوكيل.

فإن قيل: فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه، مع أن البائع قد أذن له في التصرف.

قلنا: لأن المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالإذن. فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح .وها هنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الإذن. لأنه أذن له في تصرف يقع له.

الفصل الثاني: أن الربح جميعه لرب المال. لأنه نماء ماله وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط، فلم يستحق منه شيئاً وكان له أجر مثله نص عليه أحمد. وهو مذهب الشافعي، واختار الشريف أبو جعفر: أن الربح بينهما على ما شرطاه. واحتج بما روي عن أحمد أنه قال: إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه. قال: وهذه الشركة فاسدة. واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة. فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح. قال ولا أجر له. وجعل أحكامها كلها كأحكام الصحيحة. وقد ذكرنا هذا. قال القاضي أبو يعلى: والمذهب ما حكينا وكلام أحمد محمول على أنه صحح الشركة بالعروض وحكي عن مالك: أنه يرجع إلى إقراض المثل. وحكي عنه إن لم يربح فلا أجر له، ومقتضى هذا: أنه إن ربح فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله. ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا. لأنه إذا كان الأقل ما شرط فقد رضي به فلا يستحق أكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد.

ولنا: إن تسمية الربح من تابع المضاربة أو ركن من أركانها فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة ولا نسلم في النكاح وجوب المسمى إذا كان العقد فاسداً. وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل. لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه. وذلك متعذر فتجب قيمته وهو أجر مثله، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا وتلف أحد

العوضين في يد القابض له وجب رد قيمته، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، فأما إن رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل أن يقول: قارضتك والربح كله لي. فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ها هنا لأنه تبرع بعمله. فأشبه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جعل أو أخذ له بضاعة.

الفصل الثالث: في الضمان. ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده، وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن.

ولنا: إنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه. فلم يضمن في فاسده، كالوكالة. ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والأجير لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعديه ولا فعله. فكذا ها هنا. وأما الشركة إذا فسدت فقد ذكرناها قبل هذا.

مسألة: قال: (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين: ضارب بالدين الذي عليك).

نص أحمد على هذا، وهو قول أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه مخالفاً. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي. وبه قال الشافعي: وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن تصح المضاربة. لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال، ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه فتبرأ ذمته منه. ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال: بعه وضارب بثمنه. وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال، وللمضارب أجر مثله. لأنه علقه بشرط، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط، والمذهب: هو الأول. لأن المال الذي في يدي من عليه الدين له. وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ها هنا. وإن قال له: اعزل المال الذي لي عليك. وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك شيئاً للمضاربة وقع الشراء للمشتري. لأنه يشتري لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له فإن اشتري في ذمته فكذلك. لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال.

فصل: وإن قال لرجل: اقبض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به جاز في قولهم جميعاً. ويكون وكيلاً في قبضه مؤتمناً عليه. لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره، فجاز أن يجعله مضاربة، كما لو قال: اقبض المال من غلامي وضارب به. قال مهنا: سألت أحمد عن رجل قال: اقرضني ألفاً شهراً ثم هو بعد الشهر مضاربة؟ قال: لا يصح، وذلك لأنه إذا أقرضه صار ديناً عليه. وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه. ولو قال: ضارب به شهراً ثم خذه قرضاً جاز. لما ذكرنا فيما تقدم.

فصل: ومن شرط المضاربة: أن يكون رأس المال معلوم المقدار. ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جزافاً، ولو شاهداه. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي: يصح إذا شاهداه. والقول قول العامل مع يمينه في قدره لأنه أمين رب المال. والقول قوله فيما في يديه فقام ذلك مقام المعرفة به.

ولنا: إنه مجهول فلم تصح المضاربة به، كما لو لم يشاهداه. وذلك لأنه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة؟ ولأنه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح كما لو كان في الكيس. وما ذكروه يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهداه.

فصل: ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال: قارضتك على أحدهما لم يصح، سواء تساوى ما فيهما أو اختلف. لأنه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع.

مسألة: قال: (وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول: ضارب بها).

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي. وقال الحسن: لا يجوز حتى يقبضها منه، قياساً على الدين.

ولنا: إن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها، كما لو كانت حاضرة، فقال: قارضتك على هذا الألف، وأشار إليه في زاوية البيت، وفارق الدين: فإنه لا يصير عين المال ملكاً للغريم إلا بقبضه. ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجز أن يضاربه عليها. لأنها صارت ديناً.

فصل: ولو كان في يد غيره مال مغصوب فضارب الغاصب به صح أيضاً لأنه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه، فأشبه الوديعة. وإن تلف وصار في الذمة لم تجز المضاربة به، لأنه صار ديناً ومتى ضاربه بالمال المغصوب زال ضمان الغصب بمجرد عقد المضاربة وبهذا قال أبو حنيفة. وقال القاضي: لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمناً. وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا ينافي الضمان بدليل ما لو تعدى فيه.

ولنا: إنه ممسك للمال بإذن مالكه لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه. فأشبه ما لو قبضه إياه.

فصل: والعامل أمين في مال المضاربة. لأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا يختص بنفعه. فكان أميناً كالوكيل وفارق المستعير. فإنه قبضه لمنفعته خاصة وها هنا المنفعة بينهما، فعلى هذا القول قوله في قدر رأس المال. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال. كذا قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي. وبه نقول: ولأنه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره. والقول قول المنكر. وكذلك القول قوله فيما يدعي من تلف المال أو خسارة فيه. وما يدعى عليه من خيانة وتفريط، وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو

للمضاربة. لأن الاختلاف ها هنا في نيته، وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد سواه. فكان القول قوله فيما نواه، كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق، ولأنه أمين في الشراء، فكان القول قوله كالوكيل. ولو اشترى عبداً فقال رب المال: كنت نهيتك عن شرائه فأنكر العامل. فالقول قوله. لأن الأصل عدم النهي. وهذا كله لا نعلم فيه خلافاً.

فصل: وإن قال: أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة، قال: بل أذنت لك في البيع نقداً. وفي الشراء بخمسة. فالقول قول العامل. نص عليه أحمد. وبه قال أبو حنيفة: ويحتمل أن القول قول رب المال وهو قول الشافعي لأن الأصل عدم الإذن. ولأن القول قول رب المال في أصل الإذن فكذلك في صفته.

ولنا: إنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته. فكان القول قول العامل، كما لو قال: نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهي.

فصل: وإن قال: شرطت لي نصف الربح، فقال: بل ثلثه فعن أحمد فيه روايتان:

إحداهما: القول قول رب المال. نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي. وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المبارك وابن المنذر لأن رب المال ينكر السدس الزائد واشتراطه له. والقول قول المنكر.

والثانية: أن العامل إذا ادعى أجر المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلها فالقول قوله. وإن ادعى أكثر فالقول قوله فيما وافق أجر المثل. وقال الشافعي: يختلفان لأنهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين.

ولنا: قول النبي ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولأن الاختلاف في المضاربة فلم يتحالفا كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه. والمتبايعان يرجعان إلى رؤوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه.

فصل: وإن ادعى العامل رد المال فأنكر رب المال. فالقول قول رب المال مع يمينه. نص عليه أحمد. ولأصحاب الشافعي وجهان: **أحدهما**: كقولنا. **والآخر**: يقبل قوله. لأنه أمين. ولأن معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع.

ولنا: إنه قبض المال لنفع نفسه. فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير. ولأن رب المال منكر. والقول قول المنكر. وفارق المودع. فإنه لا نفع له في الوديعة. وقولهم: إن معظم النفع لرب المال: يمنعه. وإن سلم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه. ولم يأخذه لنفع رب المال.

فصل: وإن قال: ربحت ألفاً. ثم قال: خسرت ذلك قبل قوله. لأنه أمين يقبل قوله في التلف فقبل قوله في الخسارة. كالوكيل. وإن قال: غلطت أو نسيت لم يقبل قوله. لأنه مقر بحق لآدمي. فلم يقبل قوله في الرجوع. كما لو أقر بأن رأس المال ألف ثم رجع، ولو أن

العامل خسر فقال لرجل: أقرضني ما أتمم به رأس المال لأعرضه على ربه. فإنني أخشى أن ينزعه مني إن علم بالخسارة. فأقرضه فعرضه على رب المال وقال: هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك. ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره إن رجع. ولا تقبل شهادة المقرض له. لأنه يجر إلى نفسه نفعاً. وليس له مطالبة رب المال. لأن العامل ملكه بالقرض ثم سلمه إلى رب المال. ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير.

فصل: وإذا دفع رجل إلى رجلين مالاً قراضاً على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف، وقال رب المال: رأس المال ألفان فصدقه أحدهما. وقال الآخر: بل هو ألف. فالقول قول المنكر مع يمينه. فإذا حلف أن رأس المال ألف والربح ألفان فنصيبه منهما خمسمائة، يبقى ألفان وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين. لأن الآخر يصدقه ويبقى خمسمائة ربحاً بين المال والعامل الآخر يقتسمانها أثلاثاً لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثان، ولرب المال ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث. لأن نصيب رب المال من الربح نصفه. ونصيب هذا العامل ربعه. فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة، وما أخذه الحالف فيما زاد على قدره نصيبه كالتالف منهما، والتالف يحسب في المضاربة من الربح. وهذا قول الشافعي.

فصل: وإن دفع إلى رجل ألفاً يتجر فيه فربح. فقال العامل: كان قرضاً لي ربحه كله. وقال رب المال: كان قراضاً فربحه بيننا. فالقول قول رب المال لأنه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه عن يده فإذا حلف قسمنا الربح بينهما، ويحتمل أن يتحالفا، ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله. لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله. وإن كان أجر مثله أكثر. فالقول قوله في عمله مع يمينه. كما أن القول قول رب المال في ربح ماله. فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط وإنما عمل لغرض لم يسلم له، فيكون له أجر المثل وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه. فنص أحمد في رواية مهنا: أنهما يتعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين، وإن قال رب المال: كان بضاعة. وقال العامل: بل كان قراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل لأنه عمله له فيكون القول قوله فيه. ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الأمرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله. لأنه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح. فلا يستحق زيادة عليه. وإن كان الأقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضاً. فيكون له أجر عمله. وإن قال رب المال: كان بضاعة، وقال العامل: كان قرضاً. حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه. وكان له أجر عمله لا غير. وإن خسر المال أو تلف فقال رب المال: كان قرضاً، وقال العامل: كان قراضاً أو بضاعة. فالقول قول رب المال.

فصل: وإذا اشترط المضارب النفقة ثم ادعى أنه إنما أنفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك، سواء كان المال باقياً في يديه أو قد رجع إلى مالكه. وبه قال أبو حنيفة: إذا كان المال باقياً في يديه وليس له ذلك إذا كان بعد رده.

ولنا: إنه أمين. فكان القول قوله في ذلك. كما لو كان باقياً في يده، وكالوصي إذا ادعى النفقة على اليتيم.

فصل: إذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف، وقال: لم أقبض ثمنه، وادعى المشتري أنه قبضه وصدقه الذي لم يبع برىء المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه فبرىء المشتري منه، كما لو أقر أنه قبضه بنفسه. وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري. فإن خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيبي من الثمن فأنكر. فالقول قوله مع يمينه إن لم يكن للمدعي بينة. وإن كانت له بينة قضى بها عليه. ولا تقبل شهادة المشتري له. لأنه يجر بها إلى نفسه نفعاً. وإن خاصم البائع المشتري فادعى المشتري أنه دفع إليه الثمن وأنكر البائع. فالقول قوله مع يمينه. لأنه منكر. فإذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن، ولا يشاركه فيه شريكه. لأنه معترف أن يأخذه ظلماً فلا يستحق مشاركته فيه، وإن كانت للمشتري بينة حكم بها. ولا تقبل شهادة شريكه عليه. لأنه يجر بها إلى نفسه نفعاً. ومن شهد بشهادة تجر إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها، وإن ادعى المشتري أن شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع: نظرت فإن كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتي قبلها. وإن لم يأذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن، لأن البائع لم يوكله في القبض فقبضه له. لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه، كما لو دفعه إلى أجنبي. ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع: لأنه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير لأنه مقر أن شريكه قبض حقه. ويلزم المشتري دفع نصيبه إليه، ولا يحتاج إلى أمين لأن المشتري مقر ببقاء حقه. وإن دفعه إلى شريكه لم تبرأ ذمته، فإذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض. لأن الدين لهما ثابت بسبب واحد. فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثاً: وله أن لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لأن كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به. فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه، كما لو باع كل واحد منهما نصيبه في صفقة. ويخالف الميراث. لأن سبب استحقاق الورثة لا يتبعض. فلم يكن للورثة تبعيضه. وها هنا يتبعض. لأنه إذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين. ولأن الوارث نائب عن الموروث. فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة. بخلاف مسألتنا. فإن ما يقبضه لنفسه. فإن قلنا: له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه، ويطالب المشتري ببقية حقه إذا حلف له أيضاً أنه ما قبض منه شيئاً، وليس للمقبوض منه أن يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لأنه مقر أن المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظلماً فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره. وإن خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه أنه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها. وتقبل شهادة البائع له إذا كان عدلاً، لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً. لأنه إذا ثبت أن شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء. لأنه ليس بوكيل له في القبض. فلا يقع قبضه له. هكذا ذكره بعض أصحابنا.

وعنـدي لا تقبل شهـادته لـه. لأنه يـدفع عن نفسـه ضرر مشاركـة شريكه لـه فيها يقبضـه من المشـتري. وإذا لم تكن بينة فحلفـأخذ من المشتري نصف الثمن وإن نكـل أخذ المشـتري منـه نصفه.

فصل: وإذا كان العبد بين اثنـين فغصب رجل نصيب أحـدهما بـأن يستولي عـلى العبد ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر، ثم إن مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة صـح في نصيب المالك، وبطل في نصيب الغاصب. وإن وكـل الشريك الغـاصب أو وكل الغـاصب الشريـك في البيع فبـاع العبد كله صفقـة واحدة بـطل في نصيب الغاصب في الصحيـح. وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين. بناء على تفـريق الصفقة. لأن الصفقـة ها هنـا وقعت واحدة. وقد بطل البيع في بعضها. فبطل في سائرهـا. بخلاف مـا إذا باع المـالك والغـاصب. فإنهما عقدان. لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان. ولو أن الغاصب ذكر للمشتري أنـه وكل في نصفه لصـح في نصيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد..

فصـل: وإذا كان لـرجلين دين لسبب واحد إمـا عقد أو مـيراث أو استهلاك أو غـيره. فقبض أحدهما منه شيئاً فللآخر مشاركته فيه. هذا ظاهر المذهب. وقـد روي عن أحمد مـا يدل على أن لأحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه، ولا يشاركه الآخر فيما أخـذه وهو قـول أبي العاليـة وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيـل لأحمد: بعت أنـا وصاحبي متـاعاً بيني وبينـه فأعـطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطي شريكك بعد؟ قال: لا يجـوز. قيل لـه: فإن أخـره أو أبرأه من حقه دون صاحبه قال: يجوز. قيل: فقد قال أبو عبيد: له أن يأخذ دون صاحبه لا إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها ثم قال: هـذا يشبه المـيراث إذا أخذ منـه بعض الورثة دون بعض. وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية: من أخذ شيئـاً فهو من نصيبـه. قال: فرأيته قد احتج له وأجازه. قال أبو بكر: العمل عندي على ما رواه حرب وحنبل: أنه لا يجوز. وهو الصحيح. وقد صرح به أحمد في أول هذه الرواية. ولم يصرح بالـرجوع عـما قالـه. وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه. لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضى الشريك. فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، ولغير القابض الرجوع على القـابض بنصفه سواء كان باقياً في يده أو أخـرجه عنهـا برهن أو قضـاء دين أو غيره. ولـه أن يرجـع على الغريم. لأن الحق يثبت في ذمته لهما على وجه سواء. فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه يثبت في أحد المحلين. فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول: أنا أعطيك نصف مـا قبضت بل الخـيرة إليه من أيهـما شاء قبض فـإن قبض من شريكه شيئـاً رجع الشريـك عـلى الغريم بمثله، وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه، ولم يضمنه للشريك. لأنه قـدر حقه فيها تعدى بالقبض. وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوتـه في الأصل مشـتركاً، وإن أبـرأ أحد الشريكين من حقه برىء منـه لأنه بمنزلة تلفه. ولا يرجع عليه غريمـه بشيء، وإن أبرأ أحـدهما من عشر الـدين ثم قبضا من الـدين شيئاً اقتسـماه على قـدر حقهما في البـاقي. للمبرىء أربعـة

أتساعه ولشريكه خمسة أتساعه وإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي. وما بقي بينهما على ثمانية، للمبرىء ثلاثة أثمانه، وللآخر خمسة أثمانه. فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فللآخر إبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك. وإن أجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي، هل يقف على الإجازة أو لا؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز، فإنه لو أسقط حقه جاز، فتأخيره أولى. فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والأولى: أن له الرجوع. لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل. فوجود التأجيل كعدمه، فأما إن قلنا بالرواية الأخرى وأن ما قبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله. وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض، ولا لوكيله، فلا يثبت له فيه حق. وكان لقابضه ثبوت يده عليه بحق، فأشبه ما لو كان الدين بسببين، وليس هذا قسمة الدين في الذمة. وإنما تعين حقه بقبضه، فأشبه تعيينه بالإبراء ولأنه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولأن هذا القبض لا يخلو إما أن يكون بحق أو بغير حق. فإن كان بحق لم يشاركه غيره كما لو كان الدين بسببين. وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته، لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبه ما لو أخذ غاصب منه مالاً، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به دون شريكه، وليس لشريكه الرجوع عليه، وإن اشترى بنصيبه ثوباً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء. وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه.

فصل: واختلفت الرواية عن أحمد في قسمة الدين في الذمم فنقل حنبل منع ذلك، وهو الصحيح لأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل. والقسمة تقتضي التعديل، وأما القسمة من غير تعديل فهي بيع، ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسما ثم نوى بعض المال من رجع من نوى ماله على من لم ينو. وبهذا قال ابن سيرين والنخعي. ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اختلفت الأعيان. وبه قال الحسن وإسحاق. فعلى هذا لا يرجع من نوى ماله على من لم ينو إذا أبرأ كل واحد صاحبه. وهذا إذا كان في ذمم. فأما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة. لأن معنى القسمة إفراز الحق. ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة. والله أعلم.

فصول: في العبد المأذون له

يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف نعلمه. لأن الحجر عليه إنما كان لحق سيده. فجاز له التصرف بإذنه، وينفك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه. لأن تصرفه إنما جاز بإذن سيده. فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل. فإن دفع إليه ما لا يتجر به كان له أن يبيع ويشتري ويتجر فيه. وإن أذن له أن يشتري في ذمته جاز، وإن عين له نوعاً من المال يتجر فيه جاز. ولم يكن له التجارة في غيره. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجوز أن يتجر في غيره

وينفك عنه الحجر مطلقاً. لأن إذنه إطلاق من الحجر وفك له، والإطلاق لا يتبعض كبلوغ الصبي.

ولنا: إنه متصرف بالإذن من جهة الآدمي. فوجب أن يختص ما أذن له فيه كالوكيل والمضارب. وما قاله ينقض بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله. ويخالف البلوغ. فإنه يزول به المعنى الموجب للحجر. فإن البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة. وها هنا الرق سبب الحجر وهو موجود. فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد. وإنما يتصرف العبد بالإذن، ألا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد؟.

فصل: وإذا أذن له في التجارة لم يجز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لإنسان. وبه قال الشافعي. وأباحها أبو حنيفة. لأنه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب.

ولنا: إنه عقد على نفسه فلا يملكه بالإذن في التجارة، وكبيع نفسه وتزوجه وقولهم: إنه يتصرف لنفسه ممنوع، بل يتصرف لسيده وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه، ولهذا كان له أن يبيع من سيده.

فصل: وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذوناً له، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يصير مأذوناً له. لأنه سكت عن حقه. فكان مسقطاً له، كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة.

ولنا: إنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلم يقم السكوت مقام الإذن، كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت. أو باعه المرتهن والراهن ساكت. وكمتصرفات الأجانب. ويخالف الشفعة. فإنها تسقط بمضي الزمان إذا علم لأنها على الفور.

فصل: ولا يبطل الإذن بالإباق. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يبطل لأنه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة. بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه. فأشبه ما لو باعه.

ولنا: إن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره. وما ذكروه غير صحيح. فإن سبب الولاية باق وهو الرق. ويجوز بيعه وإجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب.

فصل: ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب. وتجوز هبته المأكول وإعارة دابته واتخاذ الدعوة ما لم يكن إسرافاً. وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده، لأنه تبرع بمال مولاه. فلم يجز كهبة دراهمه.

ولنا: إن النبي ﷺ «كان يجيب دعوة المملوك» وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد «أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله ﷺ، منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر، فأمهم وهو يومئذ عبد» رواه صالح في مسائله بإسناده. ولأن العادة جارية بهذا بين التجار، فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها.

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠]. فجوز العمل عليها. وذلك بحكم النيابة عن المستحقين. وأيضاً قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾ [الكهف: ١٩] وهذه وكالة. وأما السنة: فروى أبو داود والأثرم وابن ماجة عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد لمازة بن زبار عن عروة بن الجعد قال: «عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال: يا عروة، ائت الجلب فاشتر لنا شاة قال: فأتيت الجلب فساومت صاحبه. فاشتريت شاتين بدينار. فجئت أسوقهما، أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار. فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة. فقلت: يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال: وصنعت كيف؟ قال: فحدثته الحديث. قال: اللهم بارك له في صفقة يمينه» هذا لفظ رواية الأثرم. وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: «أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر. فقال: ائت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته» وروي عنه ﷺ «أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة» وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة. ولأن الحاجة داعية إلى ذلك. فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها.

فصل: وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه. وكان مما تدخله النيابة: صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة، حراً أو عبداً، مسلماً كان أو كافراً، وأما من يتصرف بالإذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا. لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده، كالطلاق والخلع، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل إلا فيما له فعله من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه. وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل

لغيره فيه. إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه. وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره. وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك. وهو القياس. ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين، فأما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي تثبت الولاية له. وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين: **أحدهما**: يجوز توكيله لأنه ليس بولي. ووجه الوجه الآخر: أنه موجب للنكاح. أشبه الولي. ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه. فلم يجز أن يتوكل فيه كالمرأة. ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها. ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه. وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به. ومن لا يملك التصرف في شيء بنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبوله. والكافر في تزويج مسلمة، والطفل والمجنون في الحقوق كلها.

فصل: وللمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه. وله أن يتوكل بجعل لأنه من اكتساب المال. ولا يمنع المكاتب من الاكتساب. وليس له أن يتوكل لغيره بغير جعل إلا بإذن سيده. لأن منافعه كأعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض وللعبد أن يتوكل بإذن سيده وليس له التوكيل بغير إذن سيده، وإن كان مأذوناً له في التجارة لأن الإذن في التجارة لا يتناول التوكيل وتصح وكالة الصبي المراهق إذا أذن له الولي. لأنه ممن يصح تصرفه.

مسألة: قال: (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع، ومطالبة الحقوق، والعتق والطلاق، حاضراً كان الموكل أو غائباً).

لا نعلم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء. وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر. ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل فيه، لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء. أو لا يمكنه الخروج إلى السوق. وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولا يتفرغ، وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته. وأباحها الشرع دفعاً للحاجة، وتحصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه. ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجعالة والمساقاة والإجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والإبراء. لأنها في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها. فيثبت فيها حكمه. ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً، ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول. لأن النبي ﷺ «وكل عمرو بن أمية وأبا رافع في قبول النكاح له» ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه فإن النبي ﷺ «تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بأرض الحبشة» ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة، والعتاق. لأن الحاجة تدعو إليه كدعائها إلى التوكيل في البيع والنكاح. ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كإحياء الموات وإسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش. لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه. فجاز التوكيل فيه كالابتياع والاتهاب. ويجوز التوكيل في إثبات

القصاص وحد القذف واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبتا . لأنهما من حقوق الآدميين، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما. لأن من له حق قد لا يحسن الأستيفاء، أو لا يحب أن يتولاه.

فصل: ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها. حاضراً كان الموكل أو غائباً، صحيحاً أو مريضاً، وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي، وقال أبو حنيفة: للخصم أن يمنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً. لأن حضوره مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه. فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاء خصمه كالدين عليه.

ولنا: إنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاء خصمه، كحال غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه، ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه، وقال: «ما قضى له فلي وما قضى عليه فعلي» ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال: «إن للخصومة قحماً، وإن الشيطان ليحضرها وإني لأكره أن أحضرها» قال أبو زياد: القحم المهالك، وهذه قصص انتشرت، لأنها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك. فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل في الإقرار، ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه، لأنه إخبار فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة.

ولنا: إنه إثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع وفارق الشهادة فإنها لا تثبت الحق. وإنما هو إخبار بثبوته على غيره.

فصل: ولا يصح التوكيل في الشهادة لأنها تتعلق بعين الشهادة لكونها خبراً عما رآه أو سمعه. ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه. فإن استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادته، لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الأصل وليس وكيلاً ولا يصح في الأيمان والنذور. لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر. فأشبهت العبادات البدنية والحدود. ولا يصح في الإيلاء والقسامة واللعان لأنها أيمان، ولا في القسم بين الزوجات. لأنه يتعلق ببدن الزوج لأمر لا يوجد من غيره، ولا في الرضاع لأنه يختص بالمرضعة والمرتضع لأمر يختص بإثبات لحم المرتضع وإنشاز عظمه بلبن المرضعة، ولا في الظهار. لأنه قول منكر وزور. فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه. ولا يصح في الغصب لأنه محرم، ولا في الجنايات لذلك ولا في كل محرم. لأنه لا يجوز له فعله. فلم يجز لنائبه.

فصل: فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا والسرقة .· جاز التوكيل في استيفائه. لأن النبي ﷺ قال: «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت» متفق عليه. «وأمر النبي ﷺ برجم ماعز فرجموه»، «ووكل عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة» «ووكل على الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلي يعد» رواه مسلم، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك. لأن الإمام

لا يمكنه تولي ذلك بنفسه. ويجوز التوكيل في إثباتها. وقال أبو الخطاب: لا يجوز في إثباتها. وهو قول الشافعي. لأنها تسقط بالشبهات. وقد أمرنا بدرئها بها. والتوكيل يوصل إلى الإيجاب.

ولنا: حديث أنيس. فإن النبي ﷺ وكله في إثباته واستيفائه جميعاً. فإنه قال: «فإن اعترفت فارجمها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت. وقد وكله في إثباته واستيفائه جميعاً. ولأن الحاكم إذا استناب دخل في ذلك الحدود فإذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى. والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها إلى مستحقها. ويجوز أن يقول لغيره أخرج زكاة مالي من مالك. لأن النبي ﷺ بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها. وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم. فإن هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب» متفق عليه. ويجوز التوكيل في الحج إذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه. وكذلك العمرة. ويجوز أن يستناب من يحج عنه بعد الموت. وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لأنها تتعلق ببدن من هي عليه. فلا يقوم غيره مقامه فيها إلا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت: وليس ذلك بتوكيل. لأنه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره. ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج، وفي فعل الصلاة المنذورة، وفي الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان. ولا تجوز الاستنابة في الطهارة إلا في صب الماء وإيصال الماء للأعضاء. وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما.

فصل: كل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاؤه في حضرة الموكل وغيبته ونص عليه أحمد. وهذا مذهب مالك. وقال بعض أصحابنا: لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل أومأ إليه أحمد، وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية، لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حالة غيبته فيسقط. وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء. ولأن العفو مندوب إليه فإذا حضر احتمل أن يرحمه فيعفو. والأول ظاهر المذهب لأن ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد. والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفوه. والأصل عدمه. فلا يؤثر. ألا ترى أن قضاة رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد، ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ؟ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحدود بإحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تغير اجتهاد الحاكم.

فصل: ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول. لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما. فافتقر إلى الإيجاب والقبول، كالبيع ويجوز الإيجاب بكل لفظ دل على الإذن، نحو أن يأمره بفعل شيء، أو يقول: أذنت لك في فعله. فإن النبي ﷺ وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء وقال الله تعالى مخبراً عن أهل الكهف أنهم قالوا: ﴿فَٱبْعَثُوٓا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ

إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾ [الكهف: ١٩]. ولأنه لفظ دال على الإذن. فجرى مجرى قوله: وكلتك، ويجوز القبول بقوله: قبلت. وكل لفظ دل عليه. ويجوز بكل فعل دل على القبول، نحو أن يفعل ما أمره بفعله. لأن الذين وكلهم النبي ﷺ لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره. ولأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل، كأكل الطعام. ويجوز القبول على الفور والتراخي، نحو أن يبلغه أن رجلاً وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه، أو يقول: قبلت أو يأمره بفعل شيء فليفعله بعد مدة طويلة. لأن قبول وكلاء النبي ﷺ لوكالته كان بفعلهم، وكان متراخياً عن توكيله إياهم، ولأنه إذن في التصرف والإذن قائم ما لم يرجع عنه. فأشبه الإباحة. وهذا كله مذهب الشافعي.

فصل: ويجوز تعليقها على شرط، نحو قوله: إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام، وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا فحماً، وإذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية. وإذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه إليهم. وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا أو فأنت وكيلي. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي يصح، لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الإذن. وإن كان وكيلاً بجعل فسد المسمى، وله أجر المثل، لأنه عقد يملك به التصرف في الحياة، فأشبه البيع.

ولنا: إن النبي ﷺ قال: «أميركم زيد. فإن قتل فجعفر. فإن قتل فعبد الله بن رواحة» وهذا في معناه. ولأنه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه، وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً، كما لو قال: أنت وكيلي في بيع عبدي إذا قدم الحاج. ولأنه لو قال: وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف. ومحل النزاع في معناه. ولأنه إذن في التصرف، أشبه الوصية والتأمير. ولأنه عقد يصح بغير جعل، ولا يختص فاعله بكونه من أهل القربة. فصح بالجعل كالتوكيل الناجز.

فصل: ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل. فإن النبي ﷺ وكل أنيساً في إقامة الحد وعروة في شراء شاة، وعمراً وأبا رافع في قبول النكاح بغير جعل. وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة. ولهذا قال له أبناء عمه «لو بعثتنا على هذه الصدقات، فنؤدي إليك ما يؤدي الناس، ونصيب ما يصيبه الناس؟ يعنيان العمالة، فإن كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه، كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه فمتى سلمه إلى الموكل معمولاً فله الأجر. وإن كان الخياط في دار الموكل فكلما عمل شيئاً وقع مقبوضاً، فيستحق الوكيل الجعل إذا فرغ الخياط من الخياطة. وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الأجر إذا عمله. وإن لم يقبض الثمن في البيع. وإن قال: إذا بعت الثوب وقبضت ثمنه وسلمته إلي فلك الأجر لم يستحق منها شيئاً حتى يسلمه إليه فإن فاته التسليم لم يستحق شيئاً لفوات الشرط.

فصل: ولا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم. فإن قال: وكلتك في كل شيء، أو في كل قليل وكثير، أو في كل تصرف يجوز لي، أو في كل ما لي التصرف فيه لم يصح، وبهذا قال أبو

حنيفة والشافعي، وقال ابن أبي ليلى: يصح. ويملك به كل ما تناوله لفظه، لأنه لفظ عام فصح فيما يتناوله. كما لو قال: بع مالي كله.

ولنا: إن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً، لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه وإعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة، ويلزمه المهور الكثيرة والأثمان العظيمة، فيعظم الضرر وإن قال: اشتر لي ما شئت لم يصح. لأنه قد يشتري ما لا يقدر على ثمنه وقد روي عن أحمد ما يدل على صحته. لقوله في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه: ما اشتريت من شيء فهو بيننا: إنه جائز وأعجبه. ولأن الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء، فعلى هذا ليس له أن يشتري إلا بثمن المثل فما دون، ولا يشتري ما لا يقدر الموكل على ثمنه، ولا ما لا يرى المصلحة له في شرائه. وإن قال: بع مالي كله واقبض ديوني كلها صح. لأنه قد يعرف ماله وديونه. وإن قال: بع ما شئت من مالي، واقبض ما شئت من ديوني جاز. لأنه إذا جاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى. وإن قال: اقبض ديني كله وما يتجدد في المستقبل صح. وقال أصحاب الشافعي: إذا قال: بع ما شئت من مالي لم يجز. وإن قال: من عبيدي جاز. لأنه محصور بالجنس.

ولنا: إن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه كعبده. وإن قال: اشتر لي عبداً تركياً أو ثوباً هروياً صح. وإن قال: اشتر لي عبداً، أو قال ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً، وقال أبو الخطاب: لا يصح وهو مذهب الشافعي لأنه مجهول.

ولنا: إنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض.

ولا يشترط ذكر قدر الثمن، ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب: لا يصح حتى يذكر قدر الثمن. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي: لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد. وإنما تتميز بالثمن.

ولنا: إنه إذا ذكر نوعاً فقد أذن في أغلاه ثمناً. فيقل الغرر ولأن تقدير الثمن يضر. فإنه قد لا يجد بقدر الثمن. ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله.

فصل: وإذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك. لأنه مأذون له فيه. فإن لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به. لأنه لم يأذن له في ذلك. وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله. وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي: وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاه معاً في حرز لهما، لأن قوله افعلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله. وهو مما يمكن فتعلق بهما، وفارق هذا قوله: بعتكما، حيث كان منقسماً بينهما، لأنه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف، ولا للحاكم ضم أمين إليه ليتصرفا، لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكيلاً له بغير أمره. وفارق ما لو مات أحد الوصيين، حيث يضيف الحاكم إلى الوصي أميناً ليتصرف، لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم. ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم

أميناً في النظر لليتيم. وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم، وحكم بثبوت الوكالة لهما، ولم يملك الحاضر التصرف وحده. فإذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج إلى إعادة البينة. لأن الحاكم سمعها لهما مرة.

فإن قيل: هذا حكم للغائب، قلنا: يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز أن يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلق لأجل من يستحقه في الحال، كذا هنا. وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف. وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي. ولا نعلم فيه خلافاً وجميع التصرفات في هذا سواء. وقال أبو حنيفة: إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها.

ولنا: إنه لم يرض بتصرف أحدهما. أشبه البيع والشراء.

مسألة: قال: (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه، إلا أن يجعل ذلك إليه).

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل. فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه. فلم يجز كما لو لم يوكله.

الثاني: أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك، لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه، ولا نعلم في هذين خلافاً، وإن قال له: وكلتك فاصنع ما شئت فله أن يوكل. وقال أصحاب الشافعي: ليس له التوكيل في أحد الوجهين. لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه. وقوله: اصنع ما شئت: يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه.

ولنا: إن لفظه عام فيما شاء فيدخل في عمومه كالتوكيل.

الثالث: أطلق الوكالة. فلا يخلو من أقسام ثلاثة:

أحدها: أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا كان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه.

القسم الثاني: أن يكون مما يعمله بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله كله لكثرته وانتشاره. فيجوز له التوكيل في عمله أيضاً، لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل، فجاز التوكيل في فعل جميعه، كما لو أذن التوكيل بلفظه. وقال القاضي: عندي أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه. لأن التوكيل إنما جاز للحاجة. فاختص ما دعت إليه الحاجة. بخلاف وجود إذنه. فإنه مطلق. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

القسم الثالث: ما عدا هذين القسمين. وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه. فهل يجوز له التوكيل فيه؟ على روايتين:

إحداهما: لا يجوز. نقلها ابن منصور. وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي، لأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه. فلم يجز كما لو نهاه. ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه. فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعة.

والأخرى: يجوز نقلها حنبل. وبه قال ابن أبي ليلى: إذا مرض أو غاب. لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك والأول أولى. ولا يشبه الوكيل المالك. فإن المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل.

فصل: وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أميناً. لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين، فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما أن الإذن في البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل إلا أن يعين له الموكل من يوكله. فيجوز توكيله. وإن لم يكن أميناً، لأنه قطع نظره بتعيينه. وإن وكل أميناً وصار خائناً فعليه عزله. لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط. والوكالة تقتضي استئمان أمين، وهذا ليس بأمين فوجب عزله.

فصل: والحكم في الوصي يوكل فيما أوصي به إليه، وفي الحاكم يولي القضاء في ناحية يستنيب غيره: حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل، إلا أن المنصوص عن أحمد في رواية مهنا: جواز ذلك. وهو قول الشافعي في الوصي. لأن الوصي يتصرف بولاية. بدليل أنه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه. والوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه. والجمع بينهما أولى. لأنه متصرف في مال غيره بالإذن. فأشبه الوكيل. وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة.

فصل: فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها أباً كان أو غيره. وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الإجبار: هو كالوكيل يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل، ولأصحاب الشافعي فيه وجهان: **أحدهما**: لا يملك التوكيل إلا بإذنها لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها أشبه الوكيل.

ولنا: إن ولايته من غير جهتها، فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها كالأب، بخلاف الوكيل. ولأنه يتصرف بحكم الولاية الشرعية. أشبه الحاكم، ولأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره بغير إذن النساء. فكذلك الولي، وما ذكروه يبطل بالحاكم، والذي يعتبر إذنها فيه: هو غير ما يوكل فيه. بدليل أن الوكيل لا يستغني عن إذنها له في التزويج أيضاً. فهو كالموكل في ذلك.

فصل: إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل، كان الوكيل الثاني وكيلاً للموكل لأنه لا ينعزل بموت الوكيل الأول ولا عزله. ولا يملك الأول عزل الثاني. لأنه ليس بوكيله. وإن أذن له أن

يوكل لنفسه جاز. وكان وكيلاً للموكل ينعزل بموته وعزله إياه، وإن مات الموكل أو عزل الأول انعزلا جميعاً. لأنهما فرعان له لكن أحدهما فرع للآخر. فذهب حكمهما بذهاب أصلهما. وإن وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقاً، بل وجد عرفاً، أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن. فالثاني وكيل الوكيل الأول، حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكل لنفسه.

فصل: إذا وكل رجلاً في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره. وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد: يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص. وقال أبو يوسف: يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره. لأن الإقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالإنكار.

ولنا: إن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها. فلا يملكه الوكيل فيها كالإبراء. وفارق الإنكار. فإنه لا يقطع الخصومة، ويملكه في الحدود والقصاص. وفي غير مجلس الحاكم. ولأن الوكيل لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار. فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار فافترقا. ولا يملك المصالحة عن الحق، ولا الإبراء منه بغير خلاف نعلمه، لأن الإذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من ذلك. وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه. وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يملك قبضه، لأن المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله.

ولنا: إن القبض لا يتناوله الإذن نطقاً ولا عرفاً. إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه. وإن وكله في قبض حق فجحد من عليه الحق كان وكيلاً في تثبيته عليه في أحد الوجهين. وبه قال أبو حنيفة. والآخر: ليس له ذلك. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. لأنهما معنيان مختلفان: فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر، كما لا يكون وكيلاً في القبض بالتوكيل في الخصومة.

ووجه الأول: أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت. فكان إذناً فيه عرفاً: ولأن القبض لا يتم إلا به. فملكه كما لو وكل في شراء شيء ملك وزن ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه. ويحتمل أنه إن كان الموكل عالماً بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلاً في تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه: وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلاً فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه. ولا فرق بين كون الحق عيناً أو ديناً. وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: إن وكله في قبض عين لم يملك تثبيتها لأنه وكيل في نقلها. أشبه الوكيل في نقل الزوجة.

ولنا: إنه وكيل في قبض حق. فأشبه الوكيل في قبض الدين، وما ذكروه يبطل بالتوكيل في قبض الدين، فإنه وكيل في قبضه ونقله إليه.

فصل: وإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه. لأن إطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه. ولم يملك الإبراء من ثمنه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يملكه.

ولنا: إن الإبراء ليس من البيع ولا من تتمته. فلا يكون التوكيل في البيع توكيلاً فيه كالإبراء من غير ثمنه. وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب: لا يمكن. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فعلى هذا إن تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء، ويحتمل أن يملك قبض الثمن لأنه من موجب البيع فملكه الوكيل فيه كتسليم المبيع، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره. وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه. والأولى أن ينظر فيه. فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان إذناً في قبضه ومتى ترك قبضه كان ضامناً له لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه. فلا يرضى بتضييعه. ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعاً مفرطاً. وإن لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه.

فصل: وإن وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان:

أحدهما: يملك تثبيته. وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة، لأنه لا يتوصل إلى ما وكله فيه إلا بالتثبيت.

والثاني: لا يملكه. وهو قول بعض أصحاب الشافعي، لأنه يمكن أحدهما دون الآخر. فلم يتضمن الإذن في أحدهما الإذن في الآخر.

فصل: وإن وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه. لأنه من تتمته وحقوقه. فهو كتسليم المبيع في البيع. والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من القول فيه. فإن اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقاً. فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن؟ على وجهين، فإن اشترى شيئاً وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده فهو ضامن له. وإن كان له عذر، مثل أن ذهب لينقذه فهلك أو نحو ذلك فلا ضمان عليه. نص عليه أحمد. لأنه مفرط في إمساكه كما في الصورة الأولى دون الثانية فلذلك لزمه الضمان. بخلاف ما إذا لم يفرط.

فصل: وإذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه: فإن قال: اقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه. لأنه لم يؤمر بذلك. وإن قال: اقبض حقي الذي قبل فلان. أو على فلان فله مطالبة وارثه والقبض. لأن قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه.

فإن قيل: فلو قال: اقبض حقي من زيد فوكل زيد إنساناً في الدفع إليه. كان له القبض منه، والوارث نائب الموروث. فهو كوكيله.

قلنا: إن الوكيل إذا دفع عنه بإذنه جرى مجرى تسليمه. لأنه أقامه مقام نفسه. وليس كذلك ها هنا. فإن الحق انتقل إلى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث. ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حنث بفعل وكيله له ولا يحنث بفعل وارثه.

مسألة: قال: (وإذا باع الوكيل، ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد. فلا ضمان عليه. فإن اتهم حلف).

إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ست أحوال:

أحدها: أن يختلفا في التلف. فيقول الوكيل: تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل. فالقول قول الوكيل مع يمينه. لأنه أمين. وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه. فلا يكلف ذلك كالمودع، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك. وإنما كان كذلك. لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة إليها، فيلحقهم الضرر. قال القاضي: إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما. فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية. ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك. وهذا قول الشافعي. لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى. فلا تتعذر إقامة البينة عليه.

الحال الثانية: أن يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ، ومخالفته أمر موكله، مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها، أو حملت عليها شيئاً لنفسك، أو فرطت في حفظها، أو لبست الثوب، أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك. فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه. لما ذكرنا في الذي قبله. ولأنه منكر لما يدعى عليه. والقول قول المنكر. ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه. إما القبول قوله وإما بإقرار موكله أو بينة فلا ضمان عليه. وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن، وسواء كان بجعل أو بغير جعل. لأنه نائب المالك في اليد والتصرف. فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك. وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما. وإن تعدى أو فرط ضمن. وكذلك سائر الأمناء، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل. لأن المبيع له فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه.

الحال الثالثة: أن يختلفا في التصرف، فيقول الوكيل: بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف، فيقول الموكل: لم تبع ولم تقبض، أو يقول: بعت ولم تقبض شيئاً، فالقول قول الوكيل. ذكره ابن حامد. وهو قول أصحاب الرأي. لأنه يملك البيع والقبض، فيقبل قوله فيهما، كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها. ويحتمل أن لا يقبل قوله. وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي. لأنه يقر بحق لغيره على موكله. فلم يقبل، كما لو أقر بدين عليه. وإن

وكل في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال: اشتريته بألف. وقال: بل اشتريته بخمسمائة. فالقول قول الوكيل. لما ذكرناه. وقال القاضي: القول قول الموكل، إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه، فقال: اشتر لي عبداً بألف فادعى الوكيل أنه اشتراه بذلك. فالقول قول الوكيل إذاً، وإلا فالقول قول الموكل. لأن من كان القول قوله في أصل شيء، كان القول قوله في صفته. وللشافعي قولان كهذين الوجهين. وقال أبو حنيفة: إن كان الشراء في الذمة. فالقول قول الموكل. لأن غارم مطالب بالثمن. وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم. فإنه يطالبه برد ما زاد على الخمسمائة.

ولنا: إنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله، كما لو اختلفا في البيع، ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب، وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي.

الحال الرابعة: أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل. فإن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل. لأنه قبض المال لنفع مالكه. فكان القول قوله كالمودع. وإن كان بجعل ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قوله. لأنه وكيل فكان القول قوله كالأول.

والثاني: لا يقبل قوله. لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير، وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها.

وجملة الأمناء على ضربين:

أحدهما: من قبض المال لنفع مالكه لا غير. كالمودع والوكيل بغير جعل. فيقبل قولهم في الرد. لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات، فيلحق الناس الضرر.

الثاني: من ينتفع بقبض الأمانة، كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن. ففيهم وجهان، ذكرهما أبو الخطاب. وقال القاضي: لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب في الرد. لأن أحمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور. ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد. ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك ببينة أو اعترف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله. لأن خيانته قد ثبتت بجحده. فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف، فهل تقبل بينته؟ على وجهين:

أحدهما: لا تقبل. لأنه كذبها بجحده. فإن قوله ما قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً.

والثاني: تقبل. لأنه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيانته. وإن كان جحوده أنك لا تستحق علي شيئاً، أو ما لك عندي شيء، سمع قوله مع يمينه، لأن جوابه لا يكذب ذلك.

فإنه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء. فلا تنافي بين القولين، إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بعد قوله: ما لك عندي شيء. فلا يسمع قوله أيضاً، لثبوت كذبه وخيانته.

الحال الخامسة: إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال: وكلتني. فأنكر الموكل. فالقول قول الموكل. لأن الأصل عدم الوكالة. فلم يثبت أنه أمينه ليقبل قوله عليه. ولو قال: وكلتك ودفعت إليك مالاً. فأنكر الوكيل ذلك كله، أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال إليه. فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لآخر: وكلتني أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك، فأنكر الموكل، فالقول قوله. نص عليه أحمد فقال: إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح. قال أحمد: ولا يستحلف. قال القاضي: لأن الوكيل يدعي حقاً لغيره. فأما إن ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف. لأنها تدعي الصداق في ذمته فإذا حلف لم يلزمه الصداق. ولم يلزم الوكيل منه شيء. لأن دعوى المرأة على الموكل. وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل ونقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد: أن الوكيل يلزمه نصف الصداق. لأن الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته به. كذا ها هنا. والأول أولى. لما ذكرناه. ويفارق الشراء. لأن الثمن مقصود البائع، والعادة تعجيله وأخذه من المتولي للشراء. والنكاح يخالفه في هذا كله، ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه. لأنه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي. وقال محمد بن الحسن: يلزم الوكيل جميع الصداق. لأن التفرقة لم تقع بإنكاره. فيكون ثابتاً في الباطن فيجب جميع الصداق.

ولنا: إنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به. قال أحمد: ولا تتزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذباً في إنكاره. وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها. لأنها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ بإقرارها. وإنكاره ليس بطلاق، وهل يلزم الموكل طلاقها؟ يحتمل أن لا يلزمه لأنه لم يثبت في حقه نكاح، ولو ثبت لم يكلف الطلاق، ويحتمل أن يكلفه لإزالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه، فأشبه النكاح الفاسد. ولو ادعى أن فلاناً الغائب وكله في تزويج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدقه الورثة أو يثبت ببينة. وإن أقر الموكل بالتوكيل في التزويج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له. فها هنا الاختلاف في تصرف الوكيل. والقول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج ها هنا. وقال القاضي: لا يثبت. وهو قول أبي حنيفة. لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد إلا بها. وذكر أن أحمد نص عليه. وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها.

ولنا: إنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به. فكان القول قوله، كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص أحمد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ها هنا. لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما. فلا يكون النص في إحداهما نصاً في الأخرى. وما ذكره من المعنى لا أصل له. فلا يعول عليه. ولو غاب رجل فجاء آخر إلى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبانها ووكله في تجديد نكاحها بألف، فأذنت

في نكاحها، فعقد عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله. والنكاح الأول بحاله. وقياس ما ذكرناه: أن المرأة إن صدقت الوكيل لزمه الألف، إلا أن يبينها زوجها قبل دخول الثاني بها. وحكي ذلك عن مالك وزفر. وحكي عن أبي حنيفة والشافعي: أنه لا يلزم الضامن شيء. لأنه فرع عن المضمون عنه. ولم يلزم المضمون عنه شيء فكذلك فرعه.

ولنا: إن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه، وأنه ضامن عنه. فلزمه ما أقر به كما لو ادعى على رجل أنه ضمن له ألفاً على أجنبي، فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه. وكما لو ادعى شفعة على إنسان في شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع، فأنكره المشتري. فإن الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين. وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه. ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى. فلا يكون فيها اختلاف. والله أعلم.

الحال السادسة: أن يختلفا في صفة الوكالة، فيقول: وكلتك في بيع هذا العبد قال: بل وكلتني في بيع هذه الجارية، أو قال: وكلتك في البيع بألفين قال بل بألف، أو قال: وكلتك في بيعه نقداً قال: بل نسيئة، أو قال: وكلتك في شراء عبد قال: بل في شراء أمة. أو قال: وكلتك في الشراء بخمسة قال: بل بعشرة. فقال القاضي: القول قول الموكل. وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر. وقال أبو الخطاب: إذا قال: أذنت لك في البيع نقداً وفي الشراء بخمسة. قال: بل أذنت لي في البيع نسيئة، وفي الشراء بعشرة: فالقول قول الوكيل. نص عليه أحمد في المضاربة، لأنه أمين في التصرف. فكان القول قوله في صفته كالخياط إذا قال: أذنت لي في تفصيله قباء. قال: بل قميصاً. وحكي عن مالك إن أدركت السلعة فالقول قول الموكل. وإن فاتت فالقول قول الوكيل. لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان. والأصل عدمه، بخلاف ما إذا كانت موجودة، والقول الأول أصح لوجهين:

أحدهما: أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الوكيل. والأصل عدمه. فكان القول قول من ينفيه. كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره.

والثاني: أنهما اختلفا في صفة قول الموكل. فكان القول قوله في صفة كلامه. كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا إذا قال: اشتريت لك هذه الجارية بإذنك قال: ما أذنت لك إلا في شراء غيرها، أو قال: اشتريتها لك بألفين، فقال: ما أذنت لك في شرائها إلا بألف، فالقول قول الموكل. وعليه اليمين فإذا حلف برىء من الشراء. ثم لا يخلو إما أن يكون الشراء بعين المال أو في الذمة. فإن كان بعين المال فالبيع باطل وترد الجارية على البائع إن اعترف بذلك. وإن كذبه في أن الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع، لأن الظاهر أن ما في يد الإنسان له. فإن ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه أنه لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله. لأنه يحلف على نفي فعل غيره. فكانت يمينه على نفي العلم. فإذا حلف أمضى البيع

وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن إلى البائع. وتبقى الجارية في يده ولا تحل له لأنه لا يخلو من أن يكون صادقاً فتكون للموكل أو كاذباً فتكون للبائع. فإذا أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فإن امتنع من بيعه إياها رفع الأمر إلى الحاكم ليرفق به ليبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهراً وباطناً. ويصير ما ثبت له في ذمته ثمناً قصاصاً بالذي أخذ منه الآخر ظلماً، فإن امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه. لأنه عقد مراضاة. وإن قال: إن كانت الجارية لي فقد بعتكها، أو قال الموكل: إن كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعتكها ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح. وهو قول القاضي وبعض الشافعية. لأنه بيع معلق على شرط.

والثاني: يصح. لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده. فلا يضر جعله شرطاً، كما لو قال: إن كانت هذه الجارية جاريتي فقد بعتكها. وكذا كل شرط علما وجوده. فإنه لا يوجب وقوع البيع ولا شكا فيه. فأما إن كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر. فأما في الباطن فإن كان الوكيل كاذباً في دعواه فالجارية له. لأنه اشتراها في ذمته بغير أمر غيره. وإن كان صادقاً فالجارية لموكله. فإذا أراد إحلالها له توصل إلى شرائها منه كما ذكرنا. وكل موضع كانت للموكل في الباطن فامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل، وهي للموكل وفي ذمته للوكيل ثمنها، فأقرب الوجوه: أن يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها. فإن كانت للوكيل فقد أذن في بيعها. وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا. وهذا أقرب إن شاء الله تعالى وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بما له على الموكل جاز. لأنه قائم مقام الموكل في هذا فأشبه ما لو اشترى منه.

فصل: ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل: ما أذنت في بيعه إلا نقداً وصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع. وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقياً، أو بقيمته إن كان تالفاً، فإن أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها. لأن التلف في يده فاستقر الضمان عليه. وإن أخذها من المشتري لم يرجع على أحد. وإن كذباه وادعيا أنه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي: يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت قائمة. وإن كانت تالفة رجع بقيمتها على من شاء منهما. فإن رجع على المشتري رجع على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لا غير لأنه لم يسلم له المبيع. وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال. لأنه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن. وأن البائع ظلمه بالرجوع عليه، وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الأجل. فإذا حل الأجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين من القيمة أو الثمن المسمى. لأن القيمة إن كانت أقل فما غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرمَ. وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه. وأن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن، فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل. وإن كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب. ويرجع على حسب ما ذكرنا هذا إن اعترف المشتري بأن الوكيل وكيل في البيع. وإن أنكر ذلك وقال: إنما بعتني ملكك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلاً، ولا يرجع عليه بشيء.

فصل: وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره. لأنه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك. فإن طلبه فأخر رده مع إمكانه فتلف ضمنه. وإن وعده برده ثم ادعى أنني كنت رددته قبل طلبه أو أنه كان تلف لم يقبل قوله لأنه مكذب لنفسه بوعده برده. فإن صدقه الموكل برىء، وإن كذبه فالقول قول الموكل. فإن أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين:

أحدهما: يقبل، لأنه لو صدقه الموكل برىء، فكذلك إذا قامت له بينة، ولأن البينة إحدى الحجتين فبرىء بها كالإقرار.

والثاني: لا يقبل، لأنه كذبه بوعده بالدفع، أما إذا صدقه فقد أقر ببراءته فلم يبق له منازع. وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله برده مع إمكانه ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله. لأنه ضامن بالمنع خارج عن حال الأمانة. وإن أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لأنه لم يكذبها.

فصل: قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم، فبعث إليه رسولاً يقبضها فبعث إليه مع الرسول ديناراً، فضاع مع الرسول؛ فهو من مال الباعث. لأنه لم يأمره بمصارفته: إنما كان من ضمان الباعث. لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل. فإن المرسل إنما أمره بقبض ما له في ذمته وهي الدراهم ولم يدفعها. وإنما دفع ديناراً عوضاً عن عشرة دراهم. وهذا صرف يفتقر إلى رضى صاحب الدين وإذنه ولم يأذن. فصار الرسول وكيلاً للباعث في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به. فإذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه، اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم. فيكون حينئذ من ضمان الرسول. لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وإن قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول. فهي من ضمان صاحب الدين لأنها تلفت من يد وكيله. وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنانير وثياب، فبعث إليه رسولاً. وقال: خذ ديناراً وثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضاعت. فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول، يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين: إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه، ورجع بهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف في يده. فاستقر عليه الضمان. وللموكل تضمين الوكيل. لأنه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه. فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه. وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلف الرهن في يد الوكيل فقال: أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه. إنما لم يضمنه لأنه رهن فاسد. والقبض في العقد الفاسد كالقبض في الصحيح فما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده، ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعا فلا شيء عليه، وإن ضاع أحدهما أيهما

ضاع غرمه. قال القاضي: هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها. ويحتمل أنه إن أذن له في خلطها بما لا تتميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل. والأصل بقاؤها. ومعنى الضمان ها هنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تتميز منه. فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه. لأنها ضاعت من غير تعد منه.

مسألة: قال: (ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالاً، فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة).

وجملته: أن الرجل إذا وكل وكيلاً في قضاء دينه ودفع إليه مالاً ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم. لم يقبل قوله على الغريم إلا ببينة لأنه ليس بأمينه. فلم يقبل قوله عليه في الدفع إليه، كما لو ادعى الموكل ذلك. فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل. لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله. فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر. فإن ادعى أنه قضى الدين بغير بينة فللموكل. قال القاضي: سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه. وهذا قول الشافعي. لأنه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد، وعن أحمد رواية أخرى: لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون أمره بالإشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية: إن صدقه الوكيل في الدفع لم يرجع عليه بشيء. وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه. وهذا قول أبي حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي لأنه ادعى فعل ما أمر به موكله. فكان القول قوله، كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه. ووجه الأول: أنه مفرط بترك الإشهاد فضمن، كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل.

فإن قيل: فلم يأمره بالإشهاد قلنا: إطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك. لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم. كذا ها هنا وقياس القول الآخر: يمكن القول بموجبه وأن قوله مقبول في القضاء لكن لزمه الضمان لتفريطه لا لرد قوله. وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً، لأن تركه الإشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيله. وكذلك لو أذن له في القضاء بغير إشهاد فلا ضمان على الوكيل. لأن صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال. وكذلك إن أشهد على القضاء عدولاً فماتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه. وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلاً وامرأتين فهل يبرأ من الضمان؟ يخرج على روايتين. وإن اختلف الوكيل والموكل فقال: قضيت الدين بحضرتك. قال: بل في غيبتي، أو قال: أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الإذن، أو قال: أشهدت على القضاء شهوداً فماتوا فأنكر الموكل. فالقول قول الموكل لأن الأصل معه.

فصل: وإن وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد. فقال أصحابنا: لا يضمن إذا أنكر المودع، وكلام الخرقي بعمومه يقتضي أن لا يقبل قوله على الآمر. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. لأن الوديعة لا تثبت إلا بالبينة فهي كالدين، وقال أصحابنا: لا يصح القياس على

الدين. لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق. بخلاف الدين. فإن قال الوكيل: دفعت المال إلى المودع فقال: لم تدفعه. فالقول قول الوكيل. لأنهما اختلفا في تصرفه، وفيما وكل فيه. فكان القول قوله فيه.

فصل: وإذا كان على رجل دين وعنده وديعة فجاءه إنسان فادعى أنه وكيل صاحب الدين والوديعة في قبضهما وأقام بذلك بينة. وجب الدفع إليه. وإن لم يقم بينة لم يلزمه دفعها إليه، سواء صدقه في أنه وكيله أو كذبه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن صدقه لزمه وفاء الدين وفي دفع العين إليه روايتان: أشهرهما: لا يجب تسليمها واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء. فلزمه إيفاؤه كما لو أقر له أنه وارثه.

ولنا: إنه تسليم لا يبرئه. فلا يجب كما لو كان الحق عيناً. وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير، وفارق الإقرار بكونه وارثه. لأنه يتضمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسواه. فأما إن أنكر وكالته لم يستحلف. وقال أبو حنيفة: يستحلف، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق. فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب، كسائر الحقوق، ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال: لا يلزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدتها، فإن دفع إليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برىء الدافع. وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه. فإذا حلف وكان الحق عيناً قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها. لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده. فإن طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها. وإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما. لأن الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع إليه قبض ما لا يستحق قبضه. وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر. لأن كل واحد منهما يدعي أن ما يأخذه المالك ظلم. ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره. إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة. فإن ضمن رجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولا ثبتت ببينة. وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه. وإن صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على أحد، وإن ضمن الدافع رجع عليه. لأنه وإن كان يقرأ أنه قبضه قبضاً صحيحاً لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه، فالدافع يقول: ظلمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه، فأما إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده. لأن حقه في ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق، والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق، وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه. فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل. ويكون قصاصاً مما أخذه منه صاحب الحق، وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لأنه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه.

فصل: فإن جاء رجل فقال: أنا وارث صاحب الحق، فإن أنكره لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال: لأن اليمين ها هنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم. لأنه لو صدقه لزمه الدفع إليه. فلما لزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار. وإن صدقه في أنه وارث صاحب الحق لا وارث له سواه لزمه الدفع إليه بغير خلاف نعلمه. لأنه مقر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه، كما لو جاء صاحب الحق، فأما إن جاء رجل فقال: قد أحالني عليك صاحب الحق فصدقه ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه الدفع إليه. لأن الدفع إليه غير مبرىء، ولاحتمال أن يجيء المحيل فينكر الحوالة أو يضمنه، فأشبه المدعي للوكالة.

والثاني: يلزمه الدفع إليه. لأنه معترف بأن الحق له لا لغيره. فأشبه الوارث.

فإن قلنا: يلزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار، وإن قلنا: لا يلزمه الدفع مع الإقرار لم تلزمه اليمين مع الإنكار لعدم الفائدة فيها. ومثل هذا مذهب الشافعي.

فصل: ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت، فإن كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضي بالإشهاد لأنه لا ضرر عليه في ذلك. فإنه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق علي شيء والقول قوله مع يمينه، وإن كان الحق ثبت ببينة، وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل بغير جعل، فكذلك. لأنه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله في الرد، وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله إلا بالإشهاد لئلا ينكر القابض القبض، ولا يقبل قول الدافع في الرد، وإن قال لا يستحق علي شيئاً قامت عليه البينة أو إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق إلى من عليه الحق. لأن بينة القبض تسقط البينة الأولى والكتاب ملكه. فلا يلزمه تسليمه إلى غيره.

مسألة: قال: (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي).

وجملة ذلك: أن من وكل في بيع شيء لم يجز له أن يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين نقلها مهنا. وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي، وكذلك الوصي لا يجوز أن يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين. وهو مذهب الشافعي، وحكي عن مالك والأوزاعي جواز ذلك فيهما.

والرواية الثانية: عن أحمد يجوز لهما أن يشتريا بشرطين:

أحدهما: أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء.

والثاني: أن يتولى النداء غيره. قال القاضي: يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره النداء واجباً، ويحتمل أن يكون مستحباً. والأول أشبه بظاهر كلامه. وقال أبو الخطاب: **الشرط الثاني**: أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشترين.

فإن قيل: فكيف يجوز له دفعها إلى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل؟.

قلنا: يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الناس بنفوسهم، وإن وكل إنساناً يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية. لأنه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن. فجاز كما لو اشتراها أجنبي. وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يجوز للوصي الشراء دون الوكيل. لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]. وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قربه بالتي هي أحسن. ولأنه نائب عن الأب، وذلك جائز للأب فكذلك لنائبه.

ووجه **الرواية الأولى**: أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال: بعه غيرك. ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه فلم يجز، كما لو نهاه. والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتوليه. فأشبه الوكيل أو متهم، فأشبه الوكيل بل التهمة في الوصي آكد من الوكيل. لأن الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير. والوصي يتهم في ذلك، وفي أنه يشتري من مال اليتيم ما لا حظ لليتيم في بيعه. فكان أولى بالمنع، وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قرباً له بالتي هي أحسن، وقد روي عن ابن مسعود أنه قال في رجل أوصى إلى رجل بتركته وقد ترك فرساً فقال الوصي: اشتره؟ قال: لا.

فصل: والحكم في الحاكم وأمينه كالحكم في الوكيل، والحكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلي عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه. كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضاً في جملة ما يخرج على روايتين: ولأصحاب الشافعي فيهم وجهان، وقال أبو حنيفة: يجوز بيعه لولده الكبير. لأنه امتثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره. فصح كما لو باعه لأخيه. وفارق البيع لوكيله. لأن الشراء إنما يقع لنفسه، وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه. لأنه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم. ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه. وكذلك لا تقبل شهادته. والحكم فيما أراد أن يشتري لموكله كالحكم في بيعه لماله لأنهما سواء في المعنى.

فصل: وإن وكل رجلاً يتزوج له امرأة. فهل له أن يزوجه ابنته يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع، هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها. وإن أذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان، بناء على ما ذكره في البيع. وكذلك إن وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك.

فصل: وإن وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد. فقياس المذهب: أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه. لأنه أذن له في طرفي العقد. فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم، . كالأب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه. لأنه

تمكنه الدعوى عن أحدهما. والجواب عن الآخر، وإقامة حجة كل واحد منهما. ولأصحاب الشافعي في المسألة وجهان.

فصل: وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك. وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين: لا يجوز لأنه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل. وهما متضادان فتمانعا.

ولنا: إنه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها. ولأن علة المنع هي من المشتري لنفسه في محل لاتفاق التهمة لدلالتها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه، وإذنه. وقد صرح ها هنا بالإذن فيها، فلا تبقى دلالة الحال مع نصفه بلفظه على خلافه. وقولهم: إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء. قلنا: إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء، وأنه لا يراد أكثر مما قد حصل، وإن لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع الأجنبي، وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجهاً: أنه لا يجوز. فيخرج ها هنا مثله. والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا وكل عبداً يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبداً آخر ففعل صح. وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية، وقال بعضهم: لا يجوز لأن يد العبد كيد سيده. فأشبه ما لو وكله في الشراء من نفسه، ولهذا يحكم للإنسان بما في يد عبده. وذكر أصحابنا وجهاً كذلك.

ولنا: إنه يجوز أن يشتري عبداً من غير مولاه، فجاز أن يشتريه من مولاه كالأجنبي وإذا جاز أن يشتري غيره جاز أن يشتري نفسه. كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها. والوجه الذي ذكره أصحابنا لا يصح. لأن أكثر ما يقدر ها هنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وقد ذكرنا صحة توكيل السيد في الشراء والبيع من نفسه. فها هنا أولى. فعلى هذا إذا قال العبد: اشتريت نفسي لزيد. فصدقه سيده وزيد صح. ولزم زيداً الثمن. وإن قال السيد: ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد بقوله وإقراره على نفسه بما يعتق به. ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده. لأن زيداً لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه. فلزم العبد. لأن الظاهر ممن باشر العقد أنه له، وإن صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه. فإن كذبه في الوكالة حلف وبرىء. وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه. وإن صدقه في الوكالة وكذبه في أنك ما اشتريت نفسك لي. فالقول قول العبد لأن الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه.

فصل: وإن وكل عبداً في إعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وإن وكل العبد في إعتاق عبيده والمرأة في طلاق نسائه. لم يملك العبد إعتاق نفسه، ولا المرأة طلاق نفسها. لأن ذلك ينصرف بإطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل أن لهما ذلك، أخذاً من عموم لفظه كما يجوز

للوكيل في البيع، البيع من نفسه، في إحدى الروايتين وإن وكل غريماً لـه في إبراء نفسـه صح، لأنه وكله في إسقـاط حق عن نفسه. فـأشبه تـوكيل العبـد في إعتاق نفسـه، وإن وكله في إبـراء غرمائه لم يكن له أن يبرىء نفسه كما لو وكله في حبس غرمائـه لم يملك حبس نفسه ولـو وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه. ويحتمل أن يملك إبراء نفسه لما ذكرنـا من قبل، وإن وكل المضمون عنه في إبراء الضامن فأبرأه صح. ولا يبرأ المضمون عنـه، وإن وكل الضـامن في إبراء المضمون عنه، أو الكفيل في إبراء المكفول عنه فأبـرأه صح وبـرىء الوكيـل ببراءتـه، لأنه فرع عليه فإذا برىء الأصل برىء الفرع ببراءته.

فصل: وإن وكله في إخراج صدقة على المساكين وهو مسكين، أو أوصى إليه بتفريق ثلثه عـلى قوم وهـو منهم، أو دفع إليـه مالاً وأمـره بتفريقـه على من يـريـد، أو دفعـه إلى من شـاء، فالمنصوص عن أحمـد أنه لا يجوز له أن يـأخذ منـه شيئاً. فـإن أحمد قـال: إذا كان في يـده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكـل منه شيئـاً وإنما أمـره بتنفيذه وذلـك لأن إطلاق لفظ الموكل ينصرف إلى دفعه إلى غيره. ويحتمل أن يجوز له الأخذ إذا تناوله عمـوم اللفظ. كالمسـائل التي تقدمت. ولأن المعنى الذي حصل به الاستحقـاق متحقق فيه، واللفظ متنـاول له فجـاز له الأخذ كغيره. ويحتمل الرجـوع في ذلك إلى قـرائن الأحوال. فـما غلب على الـظن فيه أنـه أراد العمـوم فيه وفي غـيره فله الأخذ منـه. وما غلب أنـه لم يرده فليس لـه الأخذ، ومـا تساوى فيـه الأمران احتمل وجهين. وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته؟ فيه وجهان: .

أولهما: جوازه. لدخولهم في عموم لفظه ووجود المعنى المقتضي لجواز الـدفع إليهم. فـأما من تلزمه مؤنته غير هؤلاء فيجوز الدفع إليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع إليهم.

مسألة: قال: (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز. وكذلك شراؤه له من نفسه).

يعني أن الأب يجوز أن يشتري لنفسـه من مال ابنـه الذي في حجـره ويبيع ولـده من مال نفسه. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والأوزاعي :وزادوا الجد فأبـاحوا لـه ذلك. وقـال زفر: لا يجوز. لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد. فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان. ولأنـه لا يجوز أن يكون موجباً وقابلاً في عقد واحد، كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه.

ولنا: إن هذا يلي بنفسه. فجاز أن يتولى طرفي العقد كالأب يزوج ابنته عبده الصغـير، والسيد يزوج عبده أمته. ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره. فأما الجـد فلا ولاية له على ابن ابنه على ما سنذكره في موضعه. فينزل منزلة الأجنبي. ولأن التهمة بـين الأب وولده منتفية. إذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه. فلذلـك جاز، وفـارق الجد والوصي والحاكم وأمينه. فإن التهمة غير منتفية في حقهم. وأمـا تولي طـرفي العقد فيجـوز بدليل الأصل الذي ذكرناه ولا نسلم ما ذكره فيما إذا أراد أن يتزوج ابنـة عمه، بـل يجوز بـدليل

أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ: «أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم قال: قد تـزوجتك» ولئن سلمنا فلأن التهمة غير منتفية ثم.

مسألة: قال: (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل).

وجملته: أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء. وللوكيل عـزل نفسه لأنه أذن في التصرف. فكان لكل واحد منهما إبطاله، كما لو أذن في أكـل طعامـه، وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق. ولا خلاف في هـذا كله فيها نعلم، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك. فإن لم يعلم الوكيل بالعـزل ولا موت الموكل. فعن أحمد فيه روايتان، وللشافعي فيه قولان: وظـاهر كـلام الخرقي هـذا: أنه ينعـزل علم أو لم يعلم، ومتى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل. لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه. فلا يفتقر إلى عمله كالطلاق والعتاق.

والرواية الثانية: عن أحمد: لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله. نص عليه في رواية جعفـر بن محمد. لأنـه لو انعـزل قبل علمـه كان فيـه ضرر. لأنه قـد يتصرف تصرفـات فتقـع باطلة: وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك، فيتصرف فيه المشتري، ويجب ضـمانـه، ويتضرر المشـتري والـوكيـل. ولأنـه يتصرف بـأمـر المـوكـل ولا يثبت حكم الـرجوع فـي حق المأمور قبـل علمه كـالفسخ، فعـلى هذه الـرواية متى تصرف قبـل العلم نفذ تصرفه، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمـه لما ذكـرنا. وإن عـزل الوكيـل نفسه لم ينعزل إلا بحضرة الموكل. لأنه متصرف بأمر الموكـل. فلا يصـح رد أمـره بغـير حضرته كالمودع في رد الوديعة.

ولنا: ما تقدم. فأما الفسخ ففيه وجهان كـالروايتـين. ثم هما مفـترقان فـإن أمر الشـارع يتضمن المعصيـة بتركـه ولا يكون عـاصيـاً من غـير علمـه. وهـذا يتضمن العـزل عنـه إبـطال التصرف، فلا يمنع منه عدم العلم.

فصل: ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفـه فحكمه حكم الموت. لأنه لا يملك التصرف فلا يملكـه غيره من جهتـه. قال أحـمد في الشركة: إذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل، وإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها، لأنه لم يخرج عن كونه أهلاً للتصرف، وإن حجر على الموكل وكانت الـوكالـة في أعيان مـاله بـطلت لانقطاع تصرفـه في أعيان مـالـه. وإن كـانت في الخصـومـة أو الشراء في الـذمـة أو الـطلاق أو الخلع أو القصاص فالـوكالـة بحالهـا، لأن الموكـل أهل لـذلك. ولـه أن يستنيب فيه ابتـداء فلا تنقـطع الاستدامة. وإن فسق الوكيل لم ينعزل. لأنه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالـة فيما ينـافيه الفسق كـالإيجاب في عقـد النكاح، فـإنـه ينعـزل بفسقـه أو فسق مـوكله بخـروجـه عن أهليـة التصرف. فإن كان وكيلاً في القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله. لأنه لا ينافي جـواز قبولـه.

وهل ينعزل بفسق نفسه؟ فيه وجهان. وإن كان وكيلاً فيما تشترط فيه الأمانة، كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف. وإن كان وكيلاً لوكيل من يتصرف في مال نفسه انعزل بفسقه. لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينعزل بفسق موكله. لأن موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والإغماء. لأن ذلك لا يخرجه عن أهلية التصرف. ولا يثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر. فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه.

فصل: ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه، مثل أن يلبس الثوب ويركب الدابة. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والوجه الثاني: تبطل الوكالة. لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدي كالوديعة.

ولنا: إنه إذا تصرف فقد تصرف بإذن موكله فصح، كما لو لم يتعد ويفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة. والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة. فإذا انتفت الأمانة بالتعدي بقي الإذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامناً، فإذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه. فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه. لأنه قبضه بإذن الموكل ولم يتعد فيه. ولو دفع إليه مالاً ووكله في شراء شيء فتعدى في الثمن صار ضامناً له. فإذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة. وإن وجد بالمبيع عيب فرد عليه أو وجد هو بما اشترى عيباً فرده وقبض الثمن كان مضموناً عليه. لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه.

فصل: وإن وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة. لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها. وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينعزل لذلك، ويحتمل أن ينعزل لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك. فيبطل بزوال الملك. فإذا باعه فقد صار إلى ملك من لم يأذن في توكيله، وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير إذنه فيقطع استدامته. وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه، والصحيح: أن الوكالة لا تبطل. لأن سيد العبد أذن له في بيع ماله، والعتق لا يبطل الإذن. وهكذا إن باعه إلا أن المشتري إن رضي ببقائه على الوكالة بقي، وإن لم يرضى بذلك بطلت الوكالة، وإن وكل عبد غيره فأعتقه لم تبطل الوكالة. وجهاً واحداً لأن هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له. وإن اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة. لأن ملكه له لا ينافي إذنه له في البيع أو الشراء.

فصل: وإن وكل مسلمٌ كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً أو مستأمناً أو حربياً أو مرتداً، لأن العدالة غير مشترطة فيه. وكذلك الدين كالبيع، وإن وكل مسلماً فارتد لم تبطل الوكالة، سواء لحق بدار الحرب أو أقام. وقال أبو حنيفة: إن لحق بدار الحرب بطلت وكالته. لأنه صار منهم.

ولنا: إنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته، كما لو لم يلحق بدار الحرب، ولأن الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلا تمنع استدامتها كسائر الكفر، وإن ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه، فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه. فإن قلنا: يصح تصرفه لم يبطل توكيله. وإن قلنا: هو موقوف فوكالته موقوفة. وإن قلنا: يبطل تصرفه بطل توكيله. وإن وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضاً.

فصل: ولو وكل رجلاً في نقل امرأته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البينة بطلاق الزوجة وعتق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة. لأنه زال تصرف الموكل فزالت وكالته.

فصل: وإن تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة. لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات، ولو دفع إليه ديناراً ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقاً، لأنه إن وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة، وإن وكله في الشراء مطلقاً ونقد الدينار بطلت أيضاً. لأنه إنما وكله في الشراء به، ومعناه أن ينقده ثمن ذلك البيع إما قبل الشراء أو بعده. وقد تعذر ذلك بتلفه. ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بلزومه. وإذا استقرضه الوكيل ثم عزل ديناراً عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير إذن. لأن الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضاً لا يصير للموكل حتى يقبضه. فإذا اشترى للموكل به شيئاً وقف على إجازة الموكل فإن أجازه صح ولزم الثمن وإلا لزم الوكيل، وعنه يلزم الوكيل بكل حال وقال القاضي: متى اشترى بعين ماله لغيره شيئاً فالشراء باطل. لأنه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره. وقال أصحاب الشافعي: متى اشترى لغيره بمال نفسه شيئاً صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو في الذمة لأنه اشترى ما لم يؤذن له في شرائه، أشبه ما لو اشتراه في الذمة.

فصل: نقل الأثرم عن أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له: إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص إلى هذا الذي أذن له في القبض. لكن جعله وكيلاً وتمكن من عليه الدين من القضاء فخاف إن دفعها إلى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة. فقال: لا يعجبني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ إليهما من ذلك. هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفاً من التبعة من الورثة إن كان موروثهم قد مات فانعزل وكيله وصار الحق لهم، فيرجعون على الدافع إلى الوكيل. فأما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فإن أحمد قد نص في رواية حرب: إذا وكله في الحد وغاب استوفاه الوكيل. وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات. لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطناً وإزالة للتبعة عنه. وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل. وإن لم يعلم بموته. لأنه اختار أن لا يدفع إلى الوكيل خوفاً من أن

يكون الموكل قد مات، وانتقل إلى الورثة، ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالعزل به، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب. لأنه وكله في قبض الحق ولم يعلمه. ولم يكن حاضراً فيقبل. وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل. وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل: بع ثوبي ليس شيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل. وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل، وهو الذي نقل الجماعة.

مسألة: قال: (وإذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ أو يطأ).

وجملة ذلك: أن الوكالة إذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ملك التصرف أبداً ما لم تنفسخ الوكالة. وفسخ الوكالة أن يقول: فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أو عزلتك أو صرفتك عنها وأزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ما أمره به أو وكله فيه، وما أشبه هذا من الألفاظ المقتضية عزله المؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكماً على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة. فإذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة. لأن ذلك يدل على رغبته فيها واختياره إمساكها وكذلك إن وطئها بعد طلاقها طلاقاً رجعياً، كان ارتجاعاً لها فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها أولى. وإن باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم غير الزوج. فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين، بناء على الخلاف في حصول الرجعة به. وإن وكله في بيع عبد ثم أعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة. لأنه بزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه. وفي الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محلاً للبيع، وعلى الرواية الأخرى: تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة، لأن ملكه في العبد لم يزل ذكره ابن المنذر.

مسألة: قال: (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره كان الأمر مخيراً في قبول الشراء. فإن لم يقبل لزم الوكيل، إلا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء).

وجملته: أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال. فإن كان اشتراه في ذمته ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح، لأنه إنما اشترى بثمن في ذمته، وليس ذلك ملكاً لغيره. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح في أحد الوجهين. لأنه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله.

ولنا: إنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره.

إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان:

إحداهما: الشراء لازم للمشتري. وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي. لأنه اشترى في ذمته بغير إذن غيره. فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره..

والرواية الثانية: يقف على إجازة الموكل. فإن أجازه لزمه. لأنه اشترى له وقد أجازه فلزمه، كما لو اشترى بإذنه، وإن لم يجزه لزم الوكيل. لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل. لأنه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لأن الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلاً للذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيلاً له، فأما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير إذنه، فالصحيح في المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح ويقف على إجازة المالك. فإن لم يجزه بطل. وإن أجازه صح، لحديث عروة بن الجعد: أنه باع ما لم يؤذن له في بيعه. فأقره عليه النبي ﷺ ودعا له. ولأنه تصرف له بخير فصح، ووقف على الإجازة كالوصية بالزائد على الثلث.

ووجه الرواية الأولى: أنه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح، كما لو باع مال الصبي المراهق ثم بلغ فأجازه. ولأن النبي ﷺ قال لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» يعني ما لم تملك، وأما حديث عروة فإنه يحتمل أنه كان وكيلاً مطلقاً، بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه. وليس ذلك جائزاً لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً ومتى حكمنا ببطلان البيع فاعترف له العاقد معه ببطلان البيع أو ثبت ذلك ببينة فعليه رد ما أخذه، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد ولم يلزمه رد شيء. لأن الأصل أن تصرف الإنسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده. وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير إذنه، فالقول قول المشتري لما ذكرناه. ولو قال المشتري: إنك بعت مال غيرك بغير إذنه، فأنكر البائع ذلك. وقال: بل بعت ملكي، أو قال بعت مال موكلي بإذنه. فالقول قوله أيضاً، وإن اتفق البائع والمشتري على ما يبطل البيع وقال الموكل: بل البيع صحيح. فالقول قوله مع يمينه. ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض.

فصل: وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير إذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين. وهو مذهب الشافعي، لأن من شرط صحة النكاح ذكر الزوج. فإذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل. لأن المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع. فإنه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له فافترقا.

والرواية الثانية: يصح النكاح ويقف على إجازة المتزوج له. فإن أجازه صح وإلا بطل. وهذا مذهب أبي حنيفة. والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم.

فصل: قال القاضي: إذا قال لرجل اشتر بديني عليك طعاماً لم يصح. ولو قال: تسلف لي ألفاً من مالك كر[1] طعام ففعل لم يصح. لأنه لا يجوز أن يشتري الإنسان بماله ما يملكه

(١) الكر: أربعون إردباً.

غـيره، وإن قال: اشـتر لي في ذمتك أو قـال تسلف لي ألفاً في كـر طعـام واقبض الثمن عني من مـالك أو من الـدين الذي لي عليـك صح. لأنـه إذا اشترى في الـذمة حصـل الشراء للموكـل والثمن عليه. فإذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه إليه. وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه.

فصل: ولا يملك الوكيـل من التصرف إلا ما يقتضيـه إذن موكله من جهـة النطق أو من جهة العرف. لأن تصرفـه بالإذن فـاختص بما أذن فيه. والإذن يعرف بـالنطق تـارة وبالعـرف أخرى، ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لأنـه لم يتناولـه إذنه مطلقاً ولا عرفاً، لأنه قد يؤثر التصرف في زمن الحـاجة إليـه دون غيره. ولهـذا لما عـين الله تعالى لعبادته وقتاً لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه. فلو قال له: بع ثوبي غداً لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد. وإن عين له المكان وكان يتعلق به غرض، مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق. وكان ذلـك السوق معـروفاً بجـودة النقد أو كـثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمـودة بين المـوكـل وبينهم تقيد الإذن به لأنه قد نص على أمر لـه فيه غـرض فلم يجز تفـويته. وإن كـان هو وغـيره سواء في الغرض لم يتقيد الإذن به. وجاز له البيع في غيره لمسـاواته المنصـوص عليه في الغـرض فكان تنصيصه على أحدهما إذناً في الآخر، كما لو استأجر أو استعار أرضاً لزراعة شيء كان إذنـاً في زراعة مثله فما دونه. ولو اشترى عقاراً كان له أن يسكنه مثله. ولو نـذر صلاة أو اعتكـافاً في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره، وإن عين له المشتري فقال: بعه فلاناً لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه، سواء قدر له الثمن أو لم يقدره. لأنه قد يكون له غرض في تمليكه إياه دون غيره إلا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري.

فصل: وإن وكله في عقد فاسد لم يملكه. لأن الله تعالى لم يأذن فيه، ولأن الموكل لا يملكه فـالوكيـل أولى. ولا يملك الصحيح. لأن المـوكل لم يـأذن فيه وبهـذا قال الشـافعي. وقـال أبـو حنيفة: يملك الصحيح. لأنه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى.

ولنا: إنه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الإذن، كما لو أذن في شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم.

فصـل: وإن وكله في بيع عبـد أو حيوان أو عقـار ونحوه أو شرائـه لم يملك العقـد عـلى بعضه. لأن التوكيل تناول جميعه. وفي التبعيض إضرار بالموكل وتشقيص لملكه ولم يأذن فيه وإن وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة، واحداً واحداً، لأن الإذن يتنـاول العقـد عليهم جملة، والعرف في بيعهم وشرائهم العقـد على واحـد واحد. ولا ضرر في جمعهم ولا إفرادهم. وإن قال اشتر لي عبيداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بعهم لم تجز مخالفته، لأن تنصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول إذنه سواه، وإن قال: اشتر لي عبدين صفقـة فاشترى عبدين لاثنين مشتركين بينهـما من وكيلهما، أو من أحـدهما بـإذن الآخر جـاز. وإن كان

لكل واحد منهما عبد مفرد فاشتراهما من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بلفظ واحد، فقال القاضي: لا يلزم الموكل. وهو مذهب الشافعي لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان. ويحتمل أن يلزمه. لأن القبول هو الشراء وهو متحد. والغرض لا يختلف، وإن اشتراهما من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما، مثل أن يقول: بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائتين، فقال: قبلت احتمل أيضاً وجهين. وإن لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين. لأن ثمن كل واحد منهما مجهول، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما.

فصل: فإن دفع إليه دراهم وقال له اشتر لي بهذه عبداً كان له أن يشتريه بعينها وفي الذمة. لأن الشراء يقع على هذين الوجهين، فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما. وإن قال اشتر بعينها فاشتراه في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لأنه إذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوباً، ولم يلزمه ثمن في ذمته وهذا غرض للموكل. فلم تجز مخالفته، ويقع الشراء للوكيل. وهل يقف على إجازة الموكل؟ على روايتين. وإن قال: اشتر لي في ذمتك وانقد هذه الدراهم ثمناً فاشتراه بعينها، فقال أصحابنا: يلزم الموكل، لأنه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها. فكان إذناً في عبد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها. ويحتمل أن لا يصح. لأنه قد يكون له غرض في الشراء بغير عينها. لكونها فيها شبهة لا يجب أن يشتري بها أو يجب وقوع العقد على وجه لا ينفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها. وهذا غرض صحيح. فلا يجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الأولى. ومذهب الشافعي في هذا كله كنحو ما ذكرناه.

فصل: وإن عين له الشراء بنقد أو حالاً لم تجز مخالفته، وإن أذن له في النسيئة والبيع بأي نقد شاء جاز. وإن أطلق لم يبع إلا حالاً بنقد البلد لأن الأصل في البيع الحلول. وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد ولهذا لو باع عبده بعشرة دراهم وأطلق حمل على الحلول بنقد البلد وإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما. فإن تساويا باع بما شاء منهما، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وصاحباه: له البيع نساء لأنه معتاد فأشبه الحال. ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب وقد ذكرناها والأول أولى. لأنه لو أطلق البيع حمل على الحلول. فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه، ولا نسلم تساوي العادة فيهما. فإن بيع الحال أكثر، ويفارق المضاربة لوجهين:

أحدهما: أن المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن.

والثاني: أن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب، فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه. وها هنا بخلافه، فلا يرضى به الموكل، ولأن الضرر في توى الثمن على المضارب، لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وها هنا يعود على الموكل فانقطع الإلحاق.

فصل: إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بـدون ما عينـه له لم ينفذ بيعه. لأنه مخالف لموكله. لأنه رضي بثمن النسيئة دون النقد، وإن باعها نقـداً بما تسـاوي نسيئة أو عين له ثمنها فباعها به نقداً فقال القاضي: يصح لأنه زاده خيراً فكان مأذوناً فيـه عرفـاً فأشبه ما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر منها. ويحتمل أن ينظر فيـه. فإن لم يكن لـه غرض في النسيئة صح. وإن كان فيها غرض نحو أن يكون الثمن مما يستضر بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين، أو يتغير عن حاله إلى وقت الحلول فهو كمن لم يؤذن له. لأن حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالمنـطوق أو أكثر فيكـون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المماثلة ومتى كان في المنـطوق به غـرض مختص به لم يجـز تفويتـه ولا ثبوت الحكم في غيره، وقد ذكر القاضي نحو هذا في موضع آخر.

فصـل: وإن وكله في الشراء بثمن نقـداً فـاشـتراه نسيئـة بـأكـثر من ثمن النقـد لم يقـع للموكل، وإن اشتراه نسيئة بثمنه نقداً أو بما عينه لـه فهي كالتي قبلهـا ويصح للمـوكل في قـول القاضي وعلى ما ذكرنا ينظر في ذلـك فإن كـان فيه ضرر نحـو أن يستضر ببقاء الثمن معـه ونحو ذلك لم يجز. كقولنا في التي قبلها. ولأصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان.

فصل: وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل، أو دون ما قدره له ولا يشتري بأكـثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر لـه، وبهذا قـال الشافعي وأبـو يوسف ومحمـد، وقال أبـو حنيفة: إذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لأن لفظه في الإذن مطلق فيجب حمله على إطلاقه.

ولنا: إنه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء. فإنه وافق عليه، وما ذكره ينتقض بالشراء. فإن باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغـابن الناس بمثله أو باع بدون ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء. وهذا قول الشافعي، وعن أحمد: أن البيع جائز دون الشراء، ويضمن الوكيل النقص. لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض، فعلى هذه الروايـة يكون البيـع صحيحاً، وعـلى الوكيـل ضمان النقص، وفي قدره وجهان: **أحدهما**: ما بين ثمن المثل وما باعـه به. **والثـاني**: ما بـين ما يتغابن الناس به، وما لا يتغابن الناس به. لأنه ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه. والأول أقيس. لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع فأشبه بيع الأجنبي. ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان فأشبه الشراء. وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيـه لموكله فحكمـه فيه حكم تصرف الأجنبي على ما ذكر في موضعه إن شاء الله. وأما ما يتغابن الناس به عادة فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن. لأن ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل. ولا يمكن التحـرز عنه ولـو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل. لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله. وإن باع المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد في الصحيح. لأن الزيادة ممنوع منها منهي عنهـا. فلا يلزم الـرجوع إليهـا. ولأن المزايـد قد لا يثبت عـلى الزيـادة فـلا يلزم الفسـخ بالشك. ويحتمل أن يلزمه ذلك. لأنها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها. فأشبه ما لو أجاز بـه قبل

البيع والنهي يتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل. فأشبه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه.

فصل: ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح، سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة. لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم فيبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب. وقال أصحاب غير الشافعي: لا يصح بيعه بمائة وثوب في أحد الوجهين. لأنه من جنس الأثمان.

ولنا: إنها زيادة تنفعه ولا تضره. أشبه ما لو باعه بمائة ودينار. ولأن الإذن في بيعه بمائة إذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً. لأن من رضي بمائة لا يكره أن يزاد عليها ثوب ينفعه ولا يضره. وإن باعه بمائة دينار أو بتسعين درهماً وعشرة دنانير وأشباه ذلك، أو بمائة ثوب أو بثمانين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح، ذكره القاضي. وهو مذهب الشافعي. لأنه خالف موكله في الجنس، فأشبه ما لو باعه بثوب يساوي أكثر من مائة درهم. ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدراهم دنانير أو مكان بعضها، لأنه مأذون فيه عرفاً فإن من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجرى مجرى بيعه بمائة درهم ودينار. وأما الثياب فلا يصح بيعه بها، لأنها من غير جنس الأثمان.

فصل: وإن وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه بثمن الكل جاز. لأنه مأذون فيه من جهة العرف. فإن من رضي مائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للنصف. ولأنه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره، وله بيع النصف الآخر. لأنه مأذون في بيعه فأشبه ما لو باع العبد كله بمثلي ثمنه. ويحتمل ألا يجوز له بيعه. لأنه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع نصفه. فربما لا يؤثر بيع باقيه للغنى عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه وهكذا القول في توكيله في بيع عبدين بمائة إذا باع أحدهما بها صح، وهل يكون له بيع العبد الآخر على وجهين فأما إن وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها لم يصح وإن وكله مطلقاً فباع بعضه بأقل من ثمن الكل لم يجز. وبهذا قال الشافعي وابو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: يجوز فيها إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق البيع بما شاء.

ولنا: إن على الموكل ضرراً في تبعيضه. ولم يوجد الإذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى نصفه.

فصل: وإن وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين أو بما دون المائة صح، ولزم الموكل. لأنه مأذون فيه من جهة العرف، وإن قال: لا تشتره بأقل من مائة فخالفه لم يجز. لأنه خالف نصفه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف. فإن قال: اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جاز له شراؤه بما فوق الخمسين. لأن إذنه في الشراء بمائة دل عرفاً على الشراء بما دونها خرج منه

الخمسون بصريح النهي بقي فيما فوقها على مقتضى الإذن وإن اشتراه بأقل من الخمسين ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لذلك، ولأنه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد على الخمسين.

والثاني: لا يجوز لأنه نهاه عن الخمسين استقلالاً لها. فكان تنبيهاً على النهي عما هو أقل منها كما أن الإذن في الشراء بمائة إذن فيما دونها. فجرى ذلك مجرى صريح نهيه. فإن تنبيه الكلام كنصه. وإن قال: اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم. فالحكم فيه كما لو قال: بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار على ما مضى من القول فيه. وإن قال اشتر لي نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز. لأنه مأذون فيه عرفاً. وإن قال: اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسألة التي قبلها. لكون دلالة العرف قاضية بالإذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه. ففيما عداه يبقى على مقتضى الإذن.

فصل: وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز. لأنه مأذون فيه عرفاً. وإن خالفه في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل. وإن قال: اشتر لي عبداً بمائة فاشترى عبداً يساوي مائة بدونها جاز. لأنه لو اشتراه بمائة جاز. فإذا اشتراه بدونها فقد زاده خيراً فيجوز. وإن كان لا يساوي مائة لم يجز. وإن كان يساوي أكثر مما اشتراه به. لأنه خالف أمره ولم يحصل غرضه.

فصل: وإن وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل. وإن كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو إحداهما تساوي ديناراً والأخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل. وهذا المشهور من مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والأخرى للوكيل، لأنه لم يرض إلا بإلزامه عهدة شاة واحدة.

ولنا: إن النبي ﷺ «أعطى عروة بن الجعد ديناراً فقال: اشتر لنا به شاة قال: فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار، فجئت أسوقهما أو أقودهما، فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار. فأتيت النبي ﷺ بالدينار والشاة. فقلت: يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال: وصنعت كيف؟ فحدثته الحديث. قال: اللهم بارك له في صفقة يمينه» ولأنه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له: بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع. فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان:

أحدهما: البيع باطل لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز، كبيع الشاتين.

والثاني: إن كانت الباقية تساوي ديناراً جاز، لحديث عروة بن الجعد البارقي. ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز. فجاز له إبدالها بغيرها. وظاهر كلام أحمد:

صحة البيع. لأنه أخذ بحديث عروة وذهب إليه، وإذا قلنا: لا يجوز له بيع الشاة فباعها، فهل يقع البيع باطلاً أو صحيحاً موقوفاً على إجازة الموكل؟ على روايتين. وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير إذنه ووكيل يخالف موكله، هل يقع باطلاً أو يصح ويقف على إجازة المالك؟ فيه روايتان. وللشافعي في صحة البيع ها هنا وجهان.

فصل: وإذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتريها إلا سليمة. لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة. ولذلك جاز الرد بالعيب، فإن اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل. لأنه اشترى غير ما أذن له فيه، وإن لم يعلم عيبه صح البيع. لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه، فإذا علم عيبه ملك رده. لأنه قائم في الشراء مقام الموكل وللموكل رده أيضاً. لأن الملك له فإن حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده، لأن الحق له بخلاف المضارب، فإن له الرد وإن رضي رب المال. لأن له حقاً فلا يسقط برضى غيره، وإن لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع: توقف حتى يحضر الموكل، فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك. لأنه لا يأمن فوات الرد لهرب البائع وفوات الثمن بتلفه، وإن أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده. وإن قلنا: الرد على الفور، لأنه أخره بإذن البائع فيه. وإن قال البائع: موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله إلا ببينة. فإن لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل إلا أن يدعي عليه فيحلف على نفي العلم. وبهذا قال الشافعي، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه لا يستحلف. لأنه لو حلف كان نائباً في اليمين وليس بصحيح. فإنه لا نيابة ها هنا. وإنما يحلف على نفي علمه. وهذا لا ينوب فيه عن أحد، فإن رد الوكيل وحضر الموكل. وقال: قد بلغني العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقع الرد موقعه، وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه. لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد. بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد، إلا أن نقول: إن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم العزل. وإن رضي الوكيل المعيب أو أمسكه إمساكاً ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك إن صدقه البائع أن الشراء له، أو قامت به بينة. وإن كذبه ولم تكن به بينة فحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده. لأن الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن. وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة: للوكيل شراء المعيب. لأن التوكيل في البيع مطلقاً يدخل المعيب في إطلاقه. ولأنه أمينه في الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب.

ولنا: إن البيع بإطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب، فكذلك الوكالة فيه. ويفارق المضاربة من حيث إن المقصود فيها الربح والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح، والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته. وقد يكون العيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قنيته، فلا يحصل المقصود. وقد ناقض أبو حنيفة أصله. فإنه قال في قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ لا تجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل. وقال ها هنا: يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين.

فصل: وإن أمره بشراء سلعة بعينها فاشتراها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد. لأن الأمر يقتضي السلامة. فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفة. ويحتمل أن لا يملك الرد. لأن الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته، وإن علم عيبه قبل شرائه، فهل له شراؤه يحتمل وجهين أيضاً مبنيين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه، وإن قلنا: يملك رده فليس له شراؤه. لأن العيب إذا جاز به الرد بعد العقد فلأن يمنع من الشراء أولى. وإن قلنا: لا يملك الرد ثم فله الشراء ها هنا. لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء.

فصل: وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل. بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل إلى الموكل.

ولنا: إنه قبل عقداً لغيره صح له. فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي، وكما لو تزوج له. وقولهم: إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم. ويتفرع عن هذا: أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء. وقال أبو حنيفة: يصح ويقع للذمي. لأن الخمر مال لهم. لأنهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم.

ولنا: إن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كتزويج المجوسية. وبهذا خالف سائر أموالهم، وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لأنه بمنزلة المبيع. وإن كان الثمن في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ليس للموكل المطالبة لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله، فكذلك القبض.

ولنا: إن هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها ويفارق مجلس العقد لأن ذلك من شروط العقد فتتعلق بالعاقد كالإيجاب والقبول. وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله، فكانت له المطالبة به. ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به. وإنما تتعلق بالموكل، وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك. فأما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً. وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن. وللبائع مطالبة من شاء منهما. فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وإن أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضاً كالضامن والمضمون عنه سواء. وإن دفع الثمن إلى البائع فوجد به عيباً فرده على الوكيل كان أمانة في يده، إن تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلاً يتسلف له ألفاً في كر حنطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم.

فصل: قال أحمد في رواية مهنا: إذا دفع إلى رجل ثوباً ليبيعه ففعل فوهب لـه المشتري منديلاً فالمنديل لصاحب الثوب. وإنما قال ذلك لأن هبة المنديل سببها البيع، وكان المنديل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به.

فصل: في الشهادة على الوكالة إذا ادعى الوكالة وأقام شاهداً وامرأتين أو حلف مع شاهده فقال أصحابنا فيها روايتان:

إحداهما: تثبت بذلك إذا كانت الوكالة بمال. فإن أحمد قال في الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلاً وامرأتين إذا كانت المطالبة بدين. فأما غير ذلك فلا.

والثانية: لا تثبت إلا بشاهدين عدلين. نقلها الخرقي بقوله: ولا تقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال لأقل من رجلين. وهذا قول الشافعي لأن الوكالة إثبات للتصرف ويحتمل أن يكون قول الخرقي كالرواية الأولى. لأن الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال، كالبيع والقرض. فإن شهدا بوكالته ثم قال أحدهما: قد عزله لم تثبت وكالته بذلك. لأن أحدهما لم تثبت وكالته بذلك. وإن كان الشاهد بالعزل رجلاً غيرهما لم يثبت العزل بشهادته وحده. لأن العزل لا يثبت إلا بما يثبت به التوكيل. ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال: قد عزله لم يحكم بشهادتهما. لأنه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها، فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد، وإن حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد أحدهما فقال: قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت إلى قوله. لأن الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل. فإن قالا جميعاً: قد كان عزله ثبت العزل. لأن الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل.

فصل: فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة، وشهد آخر أنه وكله يوم السبت. لم تتم الشهادة. لأن التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت، فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد. وإن شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة. لأن الإقرارين إخبار عن عقد واحد، ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة، فجوز له الإقرار عند كل واحد وحده، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بها بالعجمية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالعربية وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة. لأن التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية. فلم تكمل الشهادة على فعل واحد. وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال: وكلتك، وشهد الآخر أنه قال: أذنت لك في التصرف، أو أنه قال: جعلتك وكيلاً، أو أنه قال: جعلتك جرياً لم تتم الشهادة. لأن اللفظ مختلف والجري: الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر: أشهد أنه أذن له في التصرف تمت الشهادة. لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل. وإنما عبرا عنه بلفظهما واختلاف لفظهما لا يؤثر إذا اتفق معناه. ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله. وقال الآخر: أشهد أنه أقر أنه جريه، أو أنه أوصى إليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، وإن شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيد، أو شهد أنه وكله في بيعه، وقال لا

تبعه حتى تستأمرني أو تستأمر فلاناً، لم تتم الشهادة، لأن الأول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط. والثاني ينفي ذلك. فكانا مختلفين، وإن شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدح في تصرفه في الأول فلا تضره. وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر أنه وكله في بيعه لزيد وإن شاء لعمرو.

فصل: ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: تثبت الوكالة بخبر الواحد، وإن لم يكن ثقة، ويجوز التصرف للمخبر بذلك إذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل. ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولاً، لأن اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق. فسقط اعتباره، ولأنه أذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه.

ولنا: إنه عقد مالي. فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع. وفارق الاستخدام فإنه ليس بعقد، ولو شهد اثنان أن فلاناً الغائب وكل فلاناً الحاضر، فقال الوكيل: ما علمت هذا وأنا أتصرف عنه ثبتت الوكالة، لأن معنى ذلك أني لم أعلم إلى الآن، وقبول الوكالة يجوز متراخياً، وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه. فلا يضر جهله به. وإن قال: ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتهما. وإن قال: ما علمت وسكت قيل له: فسر، فإن فسر بالأول ثبتت وكالته. وإن فسره بالثاني لم تثبت.

فصل: ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب، وهو أن يدعي أن فلاناً الغائب وكلني في كذا. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح.

ولنا: إنه لا يعتبر رضاه في سماع البينة فلا يعتبر حضوره كغيره. وإذا قال له من عليه الحق: حلف أنك تستحق مطالبتي لم تسمع دعواه. لأن ذلك طعن في الشهادة. وإن قال: قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف. لأن الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وإن قال: أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه. وإن طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله. لأن الدعوى عليه. وإن أقام الخصم بينة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل.

فصل: وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة. فإنه لا يجر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه. لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً. ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه. لأنه يثبت لنفسه حقاً، بدليل أنه إذا وكله في قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه. ولأنه خصم فيه بدليل أنه يملك المخاصمة فيه. فإن شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً، سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم. وبهذا قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو

حنيفة: إن كان لم يخاصم فيه قبلت شهادته. لأنه لا حق له فيه ولم يخاصم فيه. فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه. وللشافعي قولان كالمذهبين.

ولنا: إنه بعقد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه. وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه. فإنه لم يكن خصماً فيه.

فصل: إذا كانت الأمة بين نفسين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً، وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هوملكهما، وإن شهدا بعزل الوكيل في الطلاق لم تقبل. لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً، وهو إبقاء النفقة على الزوج. ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه. لأنهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للإنسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه. ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة. وقال بعض الشافعية: تقبل. لأن هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالإقرار.

ولنا: إن هذه شهادة يثبت بها حق لأبيه أو ابنه. فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه. وذلك لأنهما يثبتان لأبيهما نائباً متصرفاً له، وفارق الشهادة عليه بالإقرار. فإنها شهادة عليه متحمضة. ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضى تصرفه. لأن ذلك شهادة عليه، وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضاً لذلك. وإن ادعى وكيل لموكله الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها. لأنهما يشهدان على أبيهما. وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما. لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها. فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناه، لم تقبل شهادتهما، لأنهما يثبتان حقاً لأبيهما، ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لعبده وابناه يشهدان لعبد أبيهما والأبوان يشهدان لعبد ابنهما، فإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل؟ تحتمل وجهين.

فصل: إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال: أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته. وإن قلنا: يحكم بعلمه، وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف. لأن معرفته كالبينة وإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل.

فصل: ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عينه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم. ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه. وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء

الموكل فيدعي عليه حقاً، فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة فحصل الخلاف بيننا في حكمين:

أحدهما: أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع.

والثاني: أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع، وبنى أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز، وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب، وأن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم إنك لست بوكيل.

ولنا: إنه إثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم، فإن الباقين لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ها هنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له، فلا تسمع دعواه، كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته. وفي هذا الأصل جواب عما ذكره.

فصل: ولو حضر رجل وادعى على غائب مالاً في وجه وكيله فأنكره، فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال. فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم. لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله.

فصل: إذا قال: بع هذا الثوب بعشرة فما زاد عليها فهو لك صح، واستحق الزيادة. وقال الشافعي: لا يصح.

ولنا: إن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً، ولأنه يتصرف في ماله بإذنه فصح شرط الربح له في الثاني كالمضارب والعامل في المساقاة

كتاب الاقرار بالحقوق

الإقرار: هو الاعتراف، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ﴾ [آل عمران: ٨١] إلى قوله: ﴿قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَٰلِكُمْ إِصْرِي؟ قَالُوا: أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران: ٨١]. وقال تعالى: ﴿وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ﴾ [التوبة: ١٠٢]. وقال تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ؟ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢]. في آي كثيرة مثل هذا.

وأما السنة: فما روي أن ماعزاً أقر بالزنا فرجمه رسول الله ﷺ وكذلك الغامدية، وقال: «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وأما الإجماع. فإن الأئمة أجمعت على صحة الإقرار. ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة. فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضر بها. ولهذا كان آكد من الشهادة، فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر. ولو كذب المدعي ببينته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع.

فصل: ولا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار. فأما الطفل والمجنون والمبرسم[1] والنائم والمغمى عليه فلا يصح إقرارهم. لا نعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ» فنص على الثلاثة والمبرسم والمغمى عليه في معنى المجنون والنائم. ولأنه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق، وأما الصبي المميز. فإن كان محجوراً عليه لم يصح إقراره. وإن كان مأذوناً له صح إقراره في قدر ما أذن له فيه. قال أحمد في رواية مهنا في اليتيم: إذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز. وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه. وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو بكر وابن أبي موسى: إنما يصح إقراره فيما

---

(١) المبرسم: الذي يهذي بسبب علة فيه.

أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير، وقال الشافعي: لا يصح إقراره بحال. لعموم الخبر. ولأنه غير بالغ، فأشبه الطفل. ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته. فأشبه الطفل.

ولنا: إنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ. وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى. والخبر محمول على رفع التكليف والإثم فإن أقر من هو مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه. فالقول قوله إلا أن تقوم بينة ببلوغه لأن الأصل الصغر ولا يحلف المقر، لأننا حكمنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين: أنه حين أقر لم يكن بالغاً. ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالمجنون لا يسمع إقراره بلا خلاف. وإن كان بمعصية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح إقراره. ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه. وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي.

ولنا: إنه غير عاقل. فلم يصح إقراره كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول، ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به. فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله. وأما المكره: فلا يصح إقراره بما أكره على الإقرار به. وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع. وإن أقر بغير ما أكره عليه، مثل أن يكره على الإقرار لرجل فأقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الإقرار بطلاق امرأة، فأقر بطلاق أخرى، أو أقر بعتق عبد صح. لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح، كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على أداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح بيعه نص عليه. لأنه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا ببينة، سواء أقر عند السلطان أو عند غيره، لأن الأصل عدم الإكراه، إلا أن يكون هناك دلالة على الإكراه كالقيد والحبس والتنكيل به. فيكون القول قوله مع يمينه. لأن هذه الحال تدل على الإكراه، ولو ادعى أنه كان زائل العقل حال إقراره لم يقبل قوله إلا ببينة. لأن الأصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود بإقراره لم تفتقر صحة الشهادة إلى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله. لأن الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة. وقد ذكرنا حكم إقرار السفيه والمفلس والمريض في أبوابه.

وأما العبد: فيصح إقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس. لأن الحق له دون مولاه، ولا يصح إقرار المولى عليه. لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال ويحتمل أن يصح إقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص. لأن المال يتعلق برقبته، وهي مال السيد فصح إقراره به كجناية الخطأ. وأما إقراره بما يوجب القصاص في النفس فالمنصوص عن أحمد أنه لا يقبل ويتبع به بعد العتق. وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري. لأنه يسقط حق سيده بإقراره. فأشبه الإقرار بقتل الخطأ. ولأنه متهم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب أنه يصح إقراره به. وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي: لأنه أحد نوعي القصاص فصح إقراره به، كما دون النفس، وبهذا الأصل ينتقض

دليل الأول. وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده، لئلا يفضي إلى إيجاب المال على سيده بإقرار غيره، فلا يقبل إقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد، ولا بجناية عمد موجبها المال كالجائفة والمأمومة لأنه إيجاب حق في رقبته. وذلك يتعلق بحق المولى، ويقبل إقرار المولى عليه. لأنه إيجاب حق في ماله. وإن أقر بسرقة موجبها المال لم يقبل إقراره ويقبل إقرار المولى عليه لما ذكرنا، وإن كان موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال، سواء كان ما أقر بسرقته باقياً أو تالفاً في يد السيد أو يد العبد. قال أحمد، في عبد أقر بسرقة دراهم في يده أنه سرقها من رجل. والرجل يدعي ذلك وسيده يكذبه فالدراهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق. وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان، ويحتمل أن لا يجب القطع لأن ذلك شبهة فيدرأ بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات. وهذا قول أبي حنيفة. وذلك لأن العين التي يقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها. فلا يثبت حكم القطع بها، وإن أقر العبد برقه لغير من هو في يده لم يقبل إقراره بالرق. لأن الإقرار بالرق إقرار بالملك والعبد لا يقبل إقراره بحال. ولأننا لو قبلنا إقراره أضررنا بسيده، لأنه إذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه، وإن أقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد. لأنه في يد السيد لا في يد نفسه. ولأن السيد لو أقر به منفرداً قبل. ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل فإذاً لم يقبل إقرار العبد منفرداً فكيف يقبل مع معارضته لإقرار السيد؟ ولو قبل إقرار العبد لما قبل إقرار السيد كالحد وجناية العمد.

وأما المكاتب: فحكمه حكم الحر في صحة إقراره. ولو أقر بجناية خطأ صح إقراره. فإن عجز بيع فيها إن لم يفده سيده، وقال أبو حنيفة يستسعى في الكتابة. وإن عجز بطل إقراره بها سواء قضى بها أو لم يقض. وعن الشافعي كقولنا: وعنه أنه مراعى إن أدى لزمه. وإن عجز بطل.

ولنا: إنه إقرار في كتابته فلا يبطل بعجزه كالإقرار بالدين وعلى الشافعي: أن المكاتب في يد نفسه. فصح إقراره بالجناية كالحر.

فصل: ويصح الإقرار لكل من يثبت له الحق. فإذا أقر العبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف صح الإقرار له، صدقه المولى أو كذبه. لأن الحق له دون سيده. وله المطالبة بذلك والعفو عنه. وليس لسيده مطالبته به ولا عفو. وإن كذبه العبد لم يقبل. وإن أقر له بمال صح ويكون لسيده. لأن يد العبد كيد سيده. وقال أصحاب الشافعي: إن قلنا يملك المال صح الإقرار له. وإن قلنا: لا يملك كان الإقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده، وإن أقر لبهيمة أو دار لم يصح إقراره لها وكان باطلاً. لأنها لا تملك المال مطلقاً ولا يد لها. وإن قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن إقراراً لأحد. ولأنه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الإقرار ذكر المقر له. وإن قال لمالكها أو لزيد علي بسببها ألف صح الإقرار وإن قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح إذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل.

فصل: وإن أقر لحمل امرأة بمال وعزاه إلى إرث أو وصية صح وكان للحمل وإن أطلق: فقال أبو عبد الله بن حامد: يصح وهو أصح قولي الشافعي. لأنه لا يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الإقرار المطلق كالطفل. فعلى هذا إن ولدت ذكراً أو أنثى كان بينهما نصفين، وإن عزاه إلى إرث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك. وقال أبو الحسن التميمي: لا يصح الإقرار إلا أن يعزيه إلى إرث أو وصية، وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي. لأنه لا يملك بغيرهما فإن ولدت الولد ميتاً وكان قد عزى الإقرار إلى إرث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل وإن أطلق الإقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فإن تعذر التفسير بموته أو غيره بطل إقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد بإقراره، وإن عزى الإقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي ألف أقرضنيها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الإقرار باطل، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح إقراره لأنه وصل إقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له علي ألف لا تلزمني وإن قال له علي ألف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها ولا يصح الإقرار لحمل إلا إذا تيقن أنه كان موجوداً حال الإقرار على ما بين في موضعه، وإن أقر لمسجد أو مصنع أو طريق، وعزاه إلى سبب صحيح، مثل أن يقول: من غلة وقفه صح. وإن أطلق خرج على الوجهين.

مسألة: قال: (ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه، كان استثناؤه باطلاً، إلا أن يستثني عيناً من ورق، أو ورقاً من عين).

في هذه المسألة فصلان:

أولهما: أنه لا يصح الاستثناء في الإقرار من غير الجنس، وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة: إن استثنى مكيلاً أو موزوناً جاز. وإن استثنى عبداً أو ثوباً من مكيل أو موزون لم يجز، وقال مالك والشافعي: يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً. لأنه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى: ﴿**وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ**﴾ [الكهف: ٥٠]. وقال الله تعالى: ﴿**لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا إِلَّا قِيلًا سَلَامًا**﴾ [الواقعة: ٢٥ ـ ٢٦]. وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير، وإلا العيس

وقال آخر:

عيت جواباً، وما بالربع من أحد إلا أواري لأياً ما أبينها

ولنا: إن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه. وقيل: هو إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثنيت فلاناً عن رأيه إذا صرفته عن رأي كان عازماً عليه. وثنيت عنان دابتي إذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام، فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه

استرساله فلا يكون استثناء وإنما سمي استثناء تجوزاً. وإنما هو في الحقيقة استدراك، و«إلا» ها هنا بمعنى «لكن» هكذا قال أهل العربية. منهم ابن قتيبة. وحكاه عن سيبويه والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد. ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس إلا بعد النفي. ولا يأتي بعده الإثبات إلا أن يوجد بعده جملة.

وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الإقرار لأنه إثبات للمقر به. فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً. وإن ذكره بعد جملة. كأن قال: له عندي مائة درهم إلا ثوباً لي عليه فيكون مقراً بشيء مدعياً لشيء سواه فيقبل إقراره وتبطل دعواه كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء وأما قوله تعالى: ﴿فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ﴾ [البقرة: ٣٤]. فإن إبليس كان من الملائكة. بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم. فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصياً بتركه. ولا قال الله تعالى في حقه: ﴿فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ﴾ [الكهف: ٥٠]. ولا قال: ﴿مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ؟﴾ [الأعراف: ١٢]. وإذا لم يكن مأموراً فلما أنكسه الله وأهبطه ودحره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلا الملائكة، فإن قالوا: بل قد تناول الأمر الملائكة ومن كان معهم. فدخل إبليس في الأمر لكونه معهم. قلنا: قد سقط استدلالكم فإنه متى كان داخلاً في المستثنى منه مأموراً بالسجود. فاستثناؤه من الجنس. وهذا ظاهر لمن أنصف إن شاء الله تعالى، فعلى هذا متى قال: له علي ألف درهم إلا ثوباً لزمه الألف وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له علي ألف درهم لكن لي عليه ثوب.

الفصل الثاني: إذا استثنى عيناً[1] من ورق[2] أو ورقاً من عين فاختلف أصحابنا في صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن أبي موسى: فيه روايتان واختار الخرقي صحته. لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فإن قوماً يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً، فإذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فإذا قال له: علي دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة، كان معناه له علي تسعة دراهم إلا ثلاثة ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه. وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب: لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما إذا انتفى ذلك. والله أعلم.

فصل: ولو ذكر نوعاً من جنس واستثنى نوعاً آخر من ذلك الجنس. مثل أن يقول: له علي عشرة آصع تمراً برنياً إلا ثلاثة تمراً معقلياً لم يجز لما ذكرناه من الفصل الأول ويخالف

---

(١) العين: الذهب.

(٢) الورق: الفضة.

العين والورق، لأن قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الخرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين، فهما كالعين والورق والأول أصح لأن العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك.

فصل: فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه فجائز بغير خلاف علمناه فإن ذلك في كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة. قال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَاماً﴾[العنكبوت: ١٤]. وقال: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّا إِبْلِيسَ﴾[الحجر: ٣٠، ٣١] وقال النبي ﷺ في الشهيد: «يكفر عنه خطاياه كلها إلا الدين» وهذا في الكتاب والسنة كثير وفي سائر كلام العرب، فإذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء فإذا قال له علي مائة إلا عشرة كان مقراً بتسعين لأن الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فإنه لو دخل لما أمكن إخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه إنكارها وقول الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِم أَلْف سَنَة إِلَّا خَمْسِين عَاماً﴾[العنكبوت: ١٤]. إخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء يبين أن الخمسين المستثناة غير مرادة كما أن التخصيص يبين أن المخصوص غير مراد باللفظ العام وإن قال إلا ثلثها أو ربعها صح، وكان مقراً بالباقي بعد المستثنى، وإن قال هذه الدار لزيد إلا هذا البيت كان مقراً بما سوى البيت منها وكذلك إن قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لأنه في معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل في اللفظ الأول بكلام متصل، وإن قال له هؤلاء العبيد إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه منهم وإن قال إلا واحداً صح لأن الإقرار يصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المستثنى إليه لأن الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به، وإن عين من عدا المستثنى صح وكان الباقي له فإن هلك العبيد إلا واحداً فذكر أنه المستثنى قبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب: لا يقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه يرفع به الإقرار كله والصحيح أنه يقبل لأنه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للإقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع إلى التفسير فأشبه ما لو عينه في حياتهم فتلف بعد تعيينه، وإن قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً وإن قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير إليه، وإن قال: غصبتك هؤلاء العبيد إلا واحداً فهلكوا إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لأن المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يقضي التفسير بالباقي إلى سقوط الإقرار بخلاف التي قبلها.

فصل: وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بإلا، فإذا قال له: علي عشرة سوى درهم، أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أو ما خلا أو ما عدا درهماً أو لا يكون درهم أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بتسعة وإن قال: غير درهم، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فإنها لو كانت استثناء كانت منصوبة وإن لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لأن الظاهر أنه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة.

فصل: ولا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلاً بالكلام فإن سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى منه والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لأنه إذا سكت أو عدل عن إقراره إلى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فإنه لا يثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والعطف والبدل ونحوه.

فصل: ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لأن الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فإن قال له: علي درهم ودرهم إلا درهماً، أو ثلاثة دراهم ودرهمان إلا درهمين أو ثلاثة ونصف إلا نصفاً أو إلا درهماً أو خمسة وتسعون إلا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء، وهذا قول الشافعي، وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، وفيه وجه آخر أنه يصح لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة ومن أصلنا أن الاستثناء إذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد إلى جميعها كقولنا في قول الله تعالى: **﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شهادةً أبداً وأولئِكَ هم الفَاسِقون إلَّا الذين تابُوا﴾**[النور: ٤، ٥]. إن الاستثناء عاد إلى الجملتين فإذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي ﷺ: «لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه» والوجه الأول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع إحداهما جميعاً ولا نظير لهذا في كلامهم ولأن صحة الاستثناء تجعل إحدى الجملتين مع الاستثناء لغواً لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على بعضها فأما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين إنما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة فنظيره ما لو قال للبواب: من جاء يستأذن فائذن له وأعطه درهماً إلا فلاناً، ونظير مسألتنا ما لو قال: أكرم زيداً وعمراً إلا عمراً، وإن قال له: علي درهمان وثلاثة إلا درهمين، لم يصح أيضاً لأنه يرفع الجملة الأولى كلها فأشبه ما لو قال أكرم زيداً وعمراً إلا زيداً، وإن قال له: علي ثلاثة وثلاثة إلا درهمين خرج فيها وجهان لأنه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الأكثر فاسد كاستثناء الكل.

فصل: وإن استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الأول كان مضافاً إليه فإذا قال له: علي عشرة إلا ثلاثة وإلا درهمين كان مستثنياً لخمسة مبقياً لخمسة، وإن كان الثاني غير معطوف على الأول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة، وقد جاء في كلام الله تعالى في قوله: **﴿قَالُوا إِنَّا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُم أجمعين إلَّا امرأتَهُ قَدَّرْنَا أَنَّهَا لَمِنَ الغابِرِين﴾** [الحجر: ٥٨ ـ ٦٠]. فإذا كان صدر الكلام إثباتا كان الاستثناء الأول نفيا والثاني إثباتاً فإن استثنى استثناء ثالثاً كان نفياً يعود كل استثناء إلى ما يليه من الكلام فإذا قال له: عشرة إلا ثلاثة درهماً كان مقراً بثمانية لأنه أثبت عشرة ثم أثبت درهماً وبقي من الثلاثة المنفية درهما مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية وسنزيد لهذا الفصل في مسألة استثناء الأكثر.

فصل: إذا قال: له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان إقراراً بما أبدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها، وذكر القاضي: في هذا وجهاً أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هذا بدل وهو سائغ في اللغة. ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشتمال وهو أن يبدل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله: ﴿يَسْأَلُونَكَ عن الشَّهْرِ الحَرام قِتَال فيه﴾ [البقرة: ٢١٧]. فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال: ﴿وما أنسانِيَهُ إلاَّ الشَّيْطانُ أن أذْكُرَهُ﴾ [الكهف: ٦٣]. أي أنساني ذكره، وإن قال له هذه الدار ثلثها أو قال ربعها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء، ومثله قوله تعالى: ﴿قُم اللَّيْلَ إلاَّ قَليلاً نِصْفَهُ﴾[المزمل: ٢و٣]. وقوله: ﴿ولِلَّهِ عَلى النَّاسِ حِجّ البَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إلَيْهِ سَبِيلاً﴾ [آل عمران: ٩٧]. ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه لولاه ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز إبدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن لا يسكنه إياها وأن يعود فيما أعاره.

مسألة: قال: (ومن ادعى عليه شيء وقال قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك إقراراً).

حكى ابن أبي موسى أن في المسألة روايتين:

إحداهما: أن هذا ليس بإقرار اختاره القاضي وقال: لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا.

والثانية: أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء. وإلا حلف غريمه وأخذ واختاره أبو الخطاب. وهو قول أبي حنيفة: لأنه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كما لو ادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبين. ووجه قول الخرقي: أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل إلا ببينة وأما استثناء الكل فمتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء.

فصل: وإن قال له علي مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال وقضيتها، وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي: لا يكون مقراً بشيء لأن الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما تمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل أن يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام

محتمل، ويجيء على قول من قال بالرواية الأخرى أن يلزمه الخمسون التي ادعى قضاءها. لأن في ضمن دعوى القضاء إقرار بأنها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة.

فصل: وإن قال كان له علي ألف وسكت لزمه الألف في ظاهر كلام أصحابنا وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا بإقرار. لأنه لم يذكر عليه شيئاً في الحال إنما أخبر بذلك فجاز في ماضٍ فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت.

ولنا: إنه أقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقي على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا داراً فأمر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلا أنه ها هنا إن عاد فادعى القضاء أو الإبراء سمعت دعواه، لأنه لا تنافي بين إقراره وبين ما يدعيه.

فصل: وإن قال له علي ألف قضيته إياها لزمه الألف ولم تقبل دعوى القضاء. وقال القاضي: تقبل. لأنه رفع ما أثبته بدعوى القضاء متصلاً. فأشبه ما لو قال كان له علي وقضيته. وقال ابن أبي موسى: إن قال قضيت جميعه لم يقبل إلا ببينة ولزمه ما أقر به وله اليمين على المقر له ولو قال قضيت بعضه قبل منه في إحدى الروايتين. لأنه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل. فأشبه ما لو استثناه بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت. فأشبه استثناء الكل.

ولنا: إن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاه، فإن كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه يقتضي براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به والإقرار به يقتضي ثبوته والقضاء يقتضي رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له علي وقضيته فإنه أخبر بهما في زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء، فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِم أَلْف سَنَة إِلَّا خَمْسِين عاماً﴾ [العنكبوت: ١٤]. عبارة عن تسعمائة وخمسين. أما القضاء فإنما يرفع جزءاً كان ثابتاً. فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء.

وإن وصل إقراره بما يسقطه فقال له علي ألف من ثمن خمر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على أني بالخيار لزمه الألف ولم يقبل قوله في إسقاطه. ذكره أبو الخطاب. وهو قول أبي حنيفة وأحد قول الشافعي. وذكر القاضي أنه إذا قال له علي ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل. لأنه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله. لأنه عزا إقراره إلى سببه فقبل كما لو عزاه إلى سبب صحيح.

ولنا: إن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي سلمها وكما لو قال له علي ألف لا يلزمني أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه. فإن ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصور وإقراره إخبار بثبوته فيتنافيان وإن سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه.

فصل: ولا يقبل رجوع المقر عن إقراره إلا فيما كان حد الله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطه. فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه بها. ولا نعلم في هذا خلافاً، فإذا قال هذه الدار لزيد بل لعمرو أو ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجبت عليه غرامته لعمرو وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر لا يغرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة. لأنه أقر له بما عليه الإقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان.

ولنا: إنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له به بإقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر بإعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به، وإن قال: غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو أو غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو وحكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ويغرمها لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمن لما تقدم.

ولنا: إنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بغضبه فلزمه ضمان كما لو تلف بفعل الله تعالى. قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعينه رجل آخر فالثوب للأول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون إقراره بكلام متصل أو منفصل.

فصل: فإن قال: غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو لزمه دفعها إلى زيد لإقراره له بأنها كانت في يده. وهذا يقتضي كونها في يده بحق وملكها لعمرو لا ينافي ذلك لأنها يجوز أن تكون في يد زيد بإجارة أو عارية أو وصية ولا يغرم لعمرو شيئاً لأنه لم يكن منه تفريط، وفارق هذا ما إذا قال: هذه الدار لزيد بل لعمرو لأنه أقر للثاني بما أقر به للأول فكان الثاني رجوعاً عن الأول، لتعارضهما وها هنا لا تعارض بين إقراريه وإن قال: ملكها لعمرو وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل. ذكره القاضي: وقيل يلزمه دفعها إلى عمرو ويغرمها لزيد لأنه لما أقر بها لعمر أولاً لم يقبل إقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين: ولو قال: هذا الألف دفعه إلي زيد وهو لعمرو. أو قال: هو لعمرو ودفعه إلي زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه.

فصل: وإن قال: غصبتها من أحدهما أو هي لأحدهما. صح الإقرار لأنه يصح بالمجهول فيصح للمجهول ويطالب بالبيان، فإن عين أحدهما دفعت إليه ويحلف للآخر إن

ادعاها ولا يغرم له شيئاً لأنه لم يقر له بشيء. وإن قال: لا أعرفه عيناً فصدقاه، نزعت من يده وكانا خصمين فيها وإن كذباه فعليه اليمين أنه لا يعلم وتنزع من يده، فإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وإن لم تكن له بينة أقرعنا بينهما. فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه. وإن بين الغاصب بعد ذلك مالكها قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه إذا ادعى كل واحد منهما أنه المغصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يغصبه فإن حلف لأحدهما لزمه دفعها إلى الآخر لأن ذلك يجري مجرى تعيينه. وإن نكل عن اليمين لهما جميعاً فسلمت إلى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لأنه نكل عن يمين توجهت عليه فقضي عليه كما لو ادعاها وحده.

فصل: فإن كان في يده عبدان فقال: أحد هذين لزيد، طولب بالبيان فإن عين أحدهما فصدقه زيد أخذه، وإن قال: هذا لي والعبد الآخر لزيد فعليه اليمين في العبد الذي ينكره، وإن قال زيد إنما لي العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره. ولا يدفع إلى زيد العبد المقر به لكن يقر في يد المقر لأنه لم يصح إقراره به في أحد الوجهين، وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه بأنه لا يملكه ويكون في بيت المال لأنه لا مالك له معروف. فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه. فإن أبى التعيين فعينه المقر له، وقال: هذا عبدي طولب بالجواب فإن أنكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر. وإن نكل عن اليمين يقضى عليه وإن أقره له فهو كتعيينه.

فصل: ولو أقر لرجل بعبد ثم جاءه به فقال: هذا الذي أقررت به فقال: ليس هو هذا. إنما هو آخر. فعلى المقر اليمين أنه ليس له عنده سواه. ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر له. لأنه لا يدعيه. وإن قال: هذا لي، ولي عندك آخر. سلم إليه هذا وحلف له على نفي الآخر. وكل من أقر لرجل بملك فكذبه بطل إقراره. لأنه لا يثبت للإنسان ملك لا يعترف به. وفي المال وجهان:

أحدهما: يترك في يد المقر. لأنه كان محكوماً له به. فإذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه.

والثاني: يؤخذ إلى بيت المال لأنه لم يثبت له ملك. وقيل: يؤخذ فيحفظ حتى يظهر مالكه. لأنه لا يدعيه أحد. ومذهب الشافعي مثل هذا. فإن عاد أحدهما فكذب نفسه دفع إليه. لأنه يدعيه ولا منازع له فيه، وإن كذب كل واحد منهما نفسه. فرجع المقر عن إقراره وادعاه المقر له، فإن كان باقياً في يد المقر فالقول قوله. مع يمينه كما لو لم يقر به لغيره[1]. وإن كان معدوماً بتلف أو إباق ونحوه بغير تعد من أحدهما فلا شيء فيه من يمين ولا غيره. وإن كان بتعد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقياً، فإذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعد منه والله أعلم.

---

(١) من هنا إلى آخر الفصل زيادة من بعض النسخ.

مسألة: قال: (ومن أقر بعشرة دراهم ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفاً أو صغاراً أو إلى شهر كانت عشرة جياداً وافية حالة).

وجملته: أن من أقر بدراهم وأطلق اقتضى إقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الإسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دوانق واقتضى أن تكون جياداً حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فإنها تلزمه كذلك، فإذا سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك، فإن عاد فقال زيوفاً - يعني رديئة أو صغاراً وهي الدراهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دوانق وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه، لأنه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الإقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً.

وقال أبو حنيفة: يقبل قوله في الغصب والوديعة لأنه أقر بفعل في عين، وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبه ما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيباً.

ولنا: إن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الجياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فإن العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه فأما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكت للتنفس أو اعترضته سعلة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي: لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل كما لو قال: له علي دراهم قضيته إياها وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره لناقصة وقال القاضي وإن قال له: علي عشرة دراهم ناقصة قبل قوله وإن قال صغاراً لزمه وازنة كما لو قال دريهم لزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي.

ولنا: إنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فإذا وصفها بذلك تقيدت به كما لو وصف الثمن به فقال: بعتك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الإطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم: إن التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره. فأشبه الثمن المؤجل يحققه أن الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات. فإذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الإقرار بها على صفتها، وعلى ما ذكروه لا سبيل له إلا الإقرار بها إلا على وجه يؤاخذ بغير ما هو واجب عليه فيفسد باب الإقرار، وقول من قال: إن قوله صغاراً ينصرف إلى المقدار لا يصح. لأن مساحة الدراهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة. وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن، فيرجع إلى تفسير المقر، فأما إن قال زيوفاً وفسرها بمغشوشة أو معيبة عيباً ينقصها قبل تفسيره وإن فسرها بنحاس أو رصاص أو ما لا قيمة له لم يقبل لأن تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل.

فصل: وإن أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية وكان درهمهم أربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم أربعة دوانيق ونصفاً ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، أو في بلد دراهمهم مغشوشة كمصر والموصل ففيه وجهان:

أولهما: يلزمه من دراهم البلد ودنانيره لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والأثمان.

والثاني: تلزمه الوازنة الخالصة من الغش لأن إطلاق الدراهم في الشرع ينصرف إليها بدليل أن بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فإنه إيجاب في الحال فاختص بدراهم الموضع الذي هما فيه والإقرار إخبار عن حق سابق فانصرف إلى دراهم الإسلام.

فصل: وإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لأن إطلاقه ينصرف إليه وإن فسرها بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت مثلها لأنه لا يتهم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل أن لا يقبل لأن إطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولأنها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره بها كالناقصة وزناً ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل ما فسره به وفارق الناقصة لأن إطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق.

فصل: وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الإسلام لأنه كبير في العرف وإن قال له علي دريهم فهو كما لو قال درهم لأن التصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر:

بذيالك الوادي أهيم ولم أقل ... بذيالك الوادي وذياك من زهد
ولكن إذا ما حب شيء تولعت ... به أحرف التصغير من شدة الوجد

وإن قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وازنة لأن إطلاق الدراهم يقتضي وازنة وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فإن كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن فحكمه حكم ما لو أقر بها في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مغشوشة على ما فصل فيه.

فصل: وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يلزمه درهمان كما لو قال له علي درهم ودرهم، ولا فرق بين أن يكون الإقرار في وقت واحد أو في أوقات أو في مجلس واحد أو مجالس.

ولنا: إنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً ولوطاً وشعيباً وإبراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في

أخرى كذا ها هنا، فإن وصف أحدهما وأطلق الآخر فكذلك لأنه لا يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيداً لما ذكرنا وإن وصفه في إحدى المرتين بغير ما وصفه في الأخرى فقال: درهم من ثمن مبيع ثم قال له: علي درهم من قرض أو درهم من ثمن ثوب ثم قال درهم من ثمن عبد أو قال درهم أبيض ثم قال درهم أسود فهما درهمان لأنهما متغايران.

فصل: وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه. وذكر القاضي وجهاً. فيما إذا قال درهم فدرهم، وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه وهو قول الشافعي: لأنه يحتمل الصفة.

ولنا: إن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو ثم ولأنه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقتضى ثبوتهما كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الإطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له علي درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة، ونحو ذلك لزمه ذلك كله وإن قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا: أنه إذا قال: أردت بالثالث تأكيد الثاني وبيانه أنه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعي. لأن الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه: أنه تلزمه الثلاثة لأن الواو للعطف والعطف يقتضي المغايرة فوجب أن يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الأول والإقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له علي درهم فدرهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وإن قال له علي درهم ودرهم ثم درهم أو درهم فدرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما فلم يحتمل التأكيد.

فصل: وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي: وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للإضراب لأنه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لأنه لا يقبل رجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما.

ولنا: إنه إنما نفى الاقتصار على واحد وأثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال له علي درهم بل أكثر فإنه لا يلزمه أكثر من اثنين، وإن قال له علي درهم بل درهم أو لكن درهم ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه درهم واحد لأن أحمد قال: فيمن قال لامرأته أنت طالق لا بل أنت طالق أنها لا تطلق إلا واحدة وهذا في معناه وهذا مذهب الشافعي: لأنه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره. ثم قال: بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل إلا أن الصحيح أنها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها جملة.

والوجه الثاني: يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز، ونقيضه قول زفر وداود لأن ما بعد الإضراب يغاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له علي درهم بل دينار. ولأن بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعاً كما لو قال له علي درهم درهم ولأنا لو لم نوجب عليه إلا درهماً جعلنا كلامه لغواً وإضرابه عنه غير مفيد والأصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً، ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم، بل دينار أو ديناران، أو له علي قفيز حنطة، بل قفيز شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف علمناه لأن الأول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين أقر بإحداهما ثم رجع إلى الأخرى لزماه، وإن قال له علي درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الأكثر لأنه أضرب عن واحد ونفاه بعد إقراره به فلم يقبل نفيه له بخلاف الاستثناء فإنه لا ينفي شيئاً أقر به، وإنما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء فإذا قال له: عشرة إلا درهماً كان معناه تسعة.

فصل: وإن قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وإن قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة. لأن قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب، وإن قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم. فقال القاضي: يلزمه درهم وهو قولي الشافعي. لأنه يحتمل فوق درهم الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي كذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو الخطاب: يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي. لأن هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر إليه. وقد ذكر ذلك في سياق الإقرار فالظاهر أنه إقرار ولأن قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له. ولا فوقه ولا تحته. فإنه لا يثبت للإنسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن قال فوق درهم لزمه درهمان. لأن فوق تقتضي في الظاهر الزيادة وإن قال: تحت درهم لزمه درهم واحد لأن تحت تقتضي النقص.

ولنا: إن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وإن حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهماً واحداً سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة أو نقصها وإن قال له علي درهم قبله دينار أو بعده أو قفيز حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك فالقول في ذلك كالقول في الدرهم سواء.

فصل: وإن قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لأن ذلك ما بينهما وإن قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لأن من لابتداء الغاية وأول الغاية منها وإلى لانتهائها فلا يدخل فيها كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧].

والثاني: تلزمه ثمانية لأن الأول والعاشر حدان فلا يدخلان في الإقرار ولزمه ما بينهما كالتي قبلها.

والثالث: تلزمه عشرة لأن العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالأول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله إلى آخره فإن قال أردت بقولي من واحد إلى عشرة مجموع الأعداد كلها أي الواحد والاثنان وكذلك إلى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهماً واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب.

فصل: وإن قال له علي دراهم لزمه ثلاثة، لأنها أقل الجمع وإن قال له علي دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لا يقبل تفسيره بدون العشرة لأنها أقل جمع الكثرة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقبل أقل من مائتين لأن ما بها يحصل الغنى وتجب الزكاة.

ولنا: إن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعاً ولا لغة ولا عرفاً وتختلف بالإضافات وأحوال الناس فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة إلى ما دونها أو كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال.

فصل: وإن قال له علي درهمان في عشرة وقال أردت الحساب لزمه عشرون وإن قال أردت درهمين مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشر لأن كثيراً من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وإن كان من أهل الحساب احتمل أن لا يقبل لأن الظاهر من الحساب استعمال ألفاظه لمعانيها في اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل. لأنه لا يمنع أن يستعمل اصطلاح العامة وإن قال أردت درهمين في عشرة لي لزمه درهمان لأنه يحتمل ما يقول وإن قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده. فإن قال أردت العطف أو معنى مع لزمه الدرهمان والدينار وإن قال أسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل إقراره لأن سلم أحد النقدين في الآخر لا يصح وإن كذبه فالقول قول المقر له لأن المقر وصل إقراره بما يسقطه فلزمه ما أقر به وبطل قوله في دينار وكذلك إن قال له علي درهمان في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل إقراره لأنه إن كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وإن كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والإمضاء وإن كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهمان.

فصل: وإن قالا له: عندي درهم في ثوب أو كيس أو زيت في جرة أو تبن في غرارة أو تمر في جراب أو سكين في قراب أو فص في خاتم أو كيس في صندوق، أو قال غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في زق ففيه وجهان:

أحدهما: يكون مقراً بالمظروف دون الظرف هذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعي لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه.

والثاني: يلزمه الجميع لأنه ذكر ذلك في سياق الإقرار ويصلح أن يكون مقراً به فلزمه كما لو قال له عندي عبد عليه عمامة وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر أنه ظرف له في حال الغصب وصار كأنه قال غصبت ثوباً ومنديلاً.

ولنا: إنه يحتملْ أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول غصبت ثوباً في منديل لي ولو قال: هذا لم يكن مقر بغصبه فإذا أطلق كان محتملاً له فلم يكن مقراً بغصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها، أو له علي ثوب في منديل، وإن قال له: عندي جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر، أو قراب فيه سكين فعلى وجهين، وإن قال له علي خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بفصه وجهاً واحداً لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ولو قال له: عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه لأن اسم الخاتم يجمعهما وإن قال له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه.

فصل: وإن قال له: عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة، أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً وجهان، وقال أصحاب الشافعي: تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار.

ولنا: إن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فأما إن قال له عندي دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بغير خلاف لأن الباء تعلق الثاني بالأول.

فصل: وإن قال له: علي درهم أو دينار أو إما درهم وإما دينار كان مقراً بأحدهما يرجع في تفسيره إليه لأن أو وإما في الخبر للشك وتقتضي أحد المذكورين لا جميعهما، وإن قال له: علي إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك.

مسألة: قال: (ومن أقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف أخذ بالكل وكان استثناؤه باطلاً).

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكى ذلك عن ابن درستويه النحوي وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم: يصح ما لم يستثن الكل فلو قال له: علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى: ﴿فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ * إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾ [ص: ٨٢ ـ ٨٣]. وقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢]. فاستثنى في موضع الغاوين من العباد وفي موضع العباد من الغاوين وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناء الأكثر وأنشدوا:

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة لأنه في معنى الاستثناء ومشبه به ولأنه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل، ولأنه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز في الأكثر كالتخصيص والبدل.

ولنا: إنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو إسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة إلا تسعة وتسعين لم يكن متكلماً بالعربية وكان عياً من الكلام ولكنة وقال القتيبي يقال: صمت الشهر إلا يوماً ولا يقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوماً، ويقال لقيت القوم جميعهم إلا واحداً أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم إلا أكثرهم، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له: علي عشرة بل خمسة فأما ما احتجوا به من التنزيل فإنه في الآية الأولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل، كما قال تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ﴾ [صٓ: ٢٤]. وفي الأخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأقل فإن الملائكة من العباد وهم غير غاوين، قال الله تعالى: ﴿بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦]. وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ﴾ [الحجر: ٤٢]. مبقي على عمومه لم يستثن منه شيء ثم استأنف: ﴿إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢]. أي لكن من اتبعك من الغاوين فإنهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الأخرى لأتباعه: ﴿وَمَا كَانَ لِي عَلَيْكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ إِلَّا أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِي﴾ [إبراهيم: ٢٢]. وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوي: هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا ليس باستثناء فإن الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس هنا شيء منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل، والفرق بين استثناء الأكثر والأقل أن العرب استعملته في الأقل وحسنته ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه.

فصل: وفي استثناء النصف وجهان:

أحدهما: يجوز وهو ظاهر كلام الخرقي لتخصيصه الإبطال بما زاد على النصف لأنه ليس بأكثر فجاز كالأقل.

والثاني: لا يجوز ذكره أبو بكر لأنه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل.

فصل: وإن قال له: علي عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين صح وكان مقراً بستة وذلك لأنه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط إن وقف عليه وإن وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فإن خمسة إلا درهمين عبارة عن ثلاثة استثناها من سبعة بقي أربعة استثناه من عشرة بقي منها ستة وإن قال له: علي ثمانية إلا أربعة إلا درهمين بطل الاستثناء على قول أبي بكر لأنه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة، وإن قال: علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح

في الآخر فيكون مقراً بسبعة، ولو قال عشرة إلا ستة إلا أربعة إلا درهمين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقر بستة، ولو قال ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً كان مقراً بثلاثة فأما إن قال له: علي ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين بطل الاستثناء كله لأن استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الأكثر وهو موقوف عليه فبطل فإذا بطل الثاني بطل الأول لأنه استثناء الكل ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه:

أحدها: يبطل الاستثناء لأن الأول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لأنه فرعه.

والثاني: يصح ويلزمه درهم. لأن الاستثناء الأول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الإقرار لأنه وليه لبطلان ما بينهما.

والثالث: يصح ويكون مقراً بدرهمين. لأنه استثنى درهمين من ثلاثة فبقي منها درهم مستثنى من الإقرار واستثناء الأكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه: وإن قال ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهماً بطل الاستثناء كله ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها.

فصل: وإن قال له: علي ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لأن العرب لا تستثني في الإثبات إلا من الجنس وإن قال له: علي ألف إلا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الألف مبهماً يرجع في تفسيره إليه وهذا قول مالك والشافعي. لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولأن لفظه في الألف مبهم والدراهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إبهامه.

ولنا: إنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الإثبات إلا من الجنس فمتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التميمي يسأل على المستثنى منه فإن فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح.

فصل: وإن قال له: علي تسعة وتسعون درهماً فالجميع دراهم لا أعلم فيه خلافاً وإن قال مائة وخمسون درهماً فكذلك. وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك إن قال ألف وثلاثة دراهم أو خمسون درهماً وألف درهم أو ألف ومائة درهم أو مائة وألف درهم والصحيح ما ذكرنا فإن الدرهم المفسر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد. قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال: ﴿إِنَّ هَٰذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً﴾ [ص: ٢٣]. وفي الحديث أن رسول الله ﷺ أتوفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة، وقال عنترة:

فيها اثنتان وأربعون حلوبة ... سوداً كخافية الغراب الأسحم

ولأن الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لأنها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل المجمل من جنس المفسر أو قال: بعتك هذا بمائة وخمسين درهماً، أو بخمسة وعشرين درهماً، لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه.

فصل: وإن قال له: علي ألف ودرهم أو ألف وثوب أو قفيز حنطة فالمجمل من جنس المفسر أيضاً وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة أو ألف ثوب وعشرون وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير المجمل إليه لأن الشيء يعطف على جنسه قال الله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [البقرة: ٢٣٤]. ولأن الألف مبهم فرجع في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها، وقال أبو حنيفة إن عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيراً له وإن عطف مذروعاً أو معدوداً لم يكن تفسيراً لأن على للإيجاب في الذمة فإن عطف عليه ما يثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهماً. ولنا إن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى. قال الله تعالى: ﴿وَلَبِثُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلَاثَمَائَةٍ سِنِين وَازْدَادُوا تِسْعاً﴾ [الكهف: ٢٥]. وقال الله تعالى: ﴿عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيد﴾[قٓ: ١٧]. ولأنه ذكر مبهماً مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهماً أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الأمر على ذلك، أما قوله: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾[البقرة: ٢٣٤]. فإنه امتنع أن يكون العشر أشهراً لوجهين:

أحدهما: أن العشر بغيرها، عدد للمؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغيرها.

الثاني: أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال ﴿عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ﴾ وقولهم إن الألف مبهم قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبه ما لو قال مائة وخمسون درهماً أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فإن قيل: إذا قال مائة وخمسون درهماً والدرهم ذكر للتفسير، ولهذا لا يزداد به العدد فصلح تفسير الجميع ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسر معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الأمر على ذلك صيانة الكلام المقر عن الإلباس والإبهام وصرفاً له إلى البيان والإفهام، وقول أصحاب أبي حنيفة إن على للإيجاب قلنا فمتى عطف ما يجب بها على ما يجب وكان أحدهما مبهماً والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر فأما إن لم يكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كما لو قال له علي أربعة دراهم وعشر.

مسألة: قال: (وإذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله).

وجملته: أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر إقراره بأنها وديعة قبل

يقبل لأنه يحتمل في ذمتي أداؤها ولأنه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولأصحاب الشافعي في هذه وجهان، فأما إن وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لأنه وصل كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له علي دراهم ناقصة وإن قال له علي مائة وديعة ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضمانها لأنها قد يتعدى فيها فتكون ديناً وإن قال أردت أنه شرط علي ضمانها لم يقبل لأنها تصير بذلك ديناً وإن قال عنده مائة وديعة شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لأن الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة، وإن قال علي وعندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكمنا بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لأن ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد، وإن قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل إذا كان منفصلاً وهكذا إذا قال نقدني مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي.

فصل: فإن قال له في هذا العبد ألف أو له من هذا العبد ألف طولب بالبيان فإن قال نقد عني ألفاً في ثمنه كان قرضاً، وإن قال نقد في ثمنه ألفاً قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فإن قال إيجاب واحد وزن ألفاً ووزنت ألفاً كان مقراً بنصف العبد وإن قال وزنت ألفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يغبن وقد يغبن، وإن قال اشتريناه بإيجابين قيل فكم اشترى منه فإن قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وإن قال وصي له بألف من ثمنه بيع وصرف إليه من ثمنه ألف وإن أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لأن الموصى له يتعين حقه في ثمنه، وإن فسر ذلك بألف من جناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الألف من ثمنه، وإن قال أردت أنه رهن عنده بألف ففيه وجهان: أحدهما: لا يقبل لأن حق المرتهن في الذمة. والثاني: يقبل. لأن الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه.

فصل: وإن قال له في مالي هذا ألف أو من مالي ألف وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل إقراره لأن ماله ليس هو لغيره.

ولنا: إنه أقر بألف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف إليه مالاً بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره إليه لاختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية. قال الله تعالى: ﴿**وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوفاً**﴾ [النساء: ٥]. وقال سبحانه في النساء: ﴿**لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ**﴾ [الطلاق: ١]. وقال لأزواج رسول الله ﷺ: ﴿**وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ**﴾ [الأحزاب: ٣٣]. فلا يبطل إقراره مع احتمال صحته وإن قال: أردت هبة قبل منه. لأنه محتمل وإن امتنع من تقبيضها لم يجبر عليه. لأن الهبة فيها لا تلزم قبل القبض. وكذلك يخرج فيما إذا قال لفلان في داري هذه نصفها أو من داري بعضها، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية منها فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز إلا أن يقول قد وهبته. وإن قال: نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا ونقل ابن منصور إذا قال

فرسي هذه لفلان فإقراره جائز، فظاهر هذا صحة الإقرار، فإن قال له في هذا المال نصفه أو لـه نصف هذه الدار فهو إقرار صحيح. وإن قال له في هذا المال ألف صح. وإن قال له في مـيراث أبي ألف فهو إقرار بدين على التركة. وإن قال في ميراثي من أبي وقال أردت هبة قبل منه. ولأنه إذا أضاف الميراث إلى أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضي وجـوب المقر بـه فيه، وإذا أضـاف الميراث إلى نفسه فمعناه ما ورثته وانتقل إلي فلا يحمل على الوجوب وإذا أضاف إليه منه جزءاً فـالظاهـر أنه جعل له جزءاً من ماله.

فصل: وإن قال له في هذا العبد شركة صح إقراره وله تفسيره بأي قدر كـان منه. وقـال أبو يوسف يكون مقراً بنصفـه لقولـه تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النسـاء: ١٢]. فاقتضى ذلك التسوية بينهم كذا ها هنا.

ولنا: إن أي جزء كـان له منـه فله فيه شركـة فكان لـه تفسيره بمـا شاء كـالنصف وليس إطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بـدليل وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا.

فصـل: في الإقرار بالمجهول

وإذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح إقراره ولـزمه تفسـيره وهذا لا خـلاف فيه ويفـارق الدعوى حيث لا تصح مجهولة لكون الدعوى له والإقرار عليه فلزمه مـا عليه مـع الجهالـة دون ماله. ولأن المدعي إذا لم يصحح دعواه فله داع إلى تحريـرها والمقـر لا داعي له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقـر له فـألزمنـاه إياه مـع الجهالـة. فإن امتنـع من تفسيره حبس حتى يفسر. وقال القاضي: يجعل ناكلاً ويؤمر المقر له بالبيان. فإن بين شيئاً فصدقـه المقر ثبت. وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له: إن بينت وإلا جعلنـاك ناكـلاً وقضينا عليـك. وهذا قول أصحاب الشافعي. إلا أنهم قالـوا: إن بينت وإلا حلفنا المقـر له عـلى ما يـدعيه وأوجبنـاه عليك. فإن فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبنـاه على المقـر. ووجه الأول أنـه ممتنع من حق عليـه فيحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ومع ذلك متى عينه المدعي وادعاه فنكل المقر فهو عـلى ما ذكـروه وإن مات من عليـه الحق أخذ ورثتـه بمثل ذلـك، لأن الحق ثبت عـلى مـوروثهم فيتعلق بتركته وقد صارت إلى الـورثة فيلزمهم مـا لزم مـوروثهم كما لـو كان الحق معينـاً. وإن لم يخلف الميت تركة فلا شيء على الورثة. ومتى فسر إقراره بما يتمـول في العادة قبـل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل إقـراره. وإن فسـره بما لا يتمـول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجـانة لم يقبـل إقراره. لأن إقـراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمتـه. وهـذا لا يثبت في الذمـة، وكذلـك إن فسره بما ليس بمـال في الشرع كالخمـر والخنزيـر والميتة لم يقبل. وإن فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك. وإن فسـره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل، لأنه شيء يجب رده عليه وتسليمه إليه فالإيجاب يتناوله.

والثاني: لا يقبل، لأن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل، لأن هذا لا يتمول عادة على انفراده وإن فسره بحد قذف قبل، لأنه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل. لأنه لا يؤول إلى مال والأول أصح. لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو علي. وإن فسره بحق شفعة قبل. لأنه حق واجب ويؤول إلى المال: وإن فسره برد السلام أو تشميت العاطس ونحوه لم يقبل. لأنه يسقط بفواته فلا يثبت في الذمة، وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به إذا أراد أن حقاً علي رد سلامه إذا سلم وتشميته إذا عطس لما روي في الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً: يرد سلامه ويشمت عطسته ويجيب دعوته» وذكر الحديث وإن قال غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قبل، لأن اسم الغصب يقع عليه. وإن قال غصبته نفسه لم يقبل. لأن الغصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي. وحكي عن أبي حنيفة: أنه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل والموزون لأن غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه.

ولنا: إنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الإقرار كالمكيل والموزون. ولأنه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الإقرار به والإخبار عنه.

فصل: وإن أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ﴾ [التوبة: ١٠٣]. وقوله: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ﴾. وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه:

أحدها: كقولنا.

والثاني: لا يقبل إلا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم.

والثالث: ما يقطع به السارق ويصح مهراً لقول الله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٤] . ولنا: إن غير ما ذكروه يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه. وأما آيات الزكاة فهي عامة دخلها التخصيص وقوله تعالى: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ﴾. لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قولهم قوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] . والتزويج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب. وإن قال: له علي مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال: مال لم يزد عليه. وهذا قول الشافعي. وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم. لأنه يقطع به السارق ويكون صداقاً عنده، وعنه لا يقبل بأقل من مائتي درهم وبه قال صاحباه. لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يريد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية. وقال الليث بن سعد: اثنان وسبعون. لأن الله تعالى قال: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾ [التوبة: ٢٥]. وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحبة لا تسمى مالاً عظيماً ولا كثيراً.

ولنا: إن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي سلموه. ولأن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا في العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يثبت في ذلك حد يرجع إلى تفسيره به. ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً عنده لفقر نفسه ودناءتها وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى: ﴿ٱذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْراً كَثِيراً﴾[الأحزاب: ٤١]. فلم ينصرف إلى ذلك وقال: ﴿كَم مِّن فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً﴾ [البقرة: ٢٤٩]. فلم يحمل على ذلك والحكم فيما إذا قال عظيم جداً أو عظيم عظيم كما لو لم يقله لما قررناه.

فصل: وإن قال له علي أكثر من مال فلان ففسره بأكثر منه عدداً أو قدراً لزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل. وإن قال ما علمت لفلان أكثر من كذا أو كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به. لأن مبلغ المال حقيقة لا يعرف في الأكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً فيملك ما لا يعرفه المقر فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه أكثر منه. وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قال عقيب الشهادة بقدره أو لا. لأنه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لأنه في الذمة قال القاضي: ولو قال لي عليك ألف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها. لأن لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوساً أو حب حنطة أو شعير أو دخن فرجع في تفسيرها إليه وهذا بعيد فإن لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في هذا العدد أو في القدر وتنصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يفهم في الإطلاق غير ذلك. قال الله تعالى: ﴿كَانُوا أَكْثَرَ مِنْهُمْ﴾. وأخبر عن الذي قال: ﴿أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالاً﴾ [الكهف: ٣٤]. ﴿وقَالُوا نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوَالاً وَأَوْلَاداً﴾. والإقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمع جياداً صحاحاً وازنة حالةولو قال: له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الإقرار. واحتمال ما ذكروه أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا.

فصل: ولو قال له: علي ألف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشيء يحتمل القليل والكثير. لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حمله على ما دون النصف. وكذلك إن قال: إلا قليلاً لأنه مبهم فأشبه قوله إلا شيئاً. وإن قال له: علي معظمَ ألف أو جل ألف أو قريب من ألف. لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة إن ادعيت عليه.

فصل: وإن قال له علي كذا ففيه ثلاث مسائل:

أحدها: أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف.

الثانية: أن يكرر بغير عطف.

الثالثة: أن يعطف فيقول كذا وكذا.

فأما الأولى: فإذا قال له: كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال:

أحدها: أن يقول له: علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم. وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا.

الثاني: أن يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم. ويكون كذا كناية عنه.

الثالث: أن يقول درهماً بالنصف فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير. وهو لتمييز. وقال بعض النحويين. هو منصوب على القطع. كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم. وهذا على قول نحاة الكوفة.

الرابع: أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً. لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف. وهذا مذهب الشافعي. وقال القاضي: يلزمه درهم في الحالات كلها. وهو قول بعض أصحاب الشافعي.

ولنا: إن كذا اسم مبهم. فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف.

المسألة الثانية: إذا قال كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء لا يتغير الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة. كأنه قال: شيء. . ولأنه إذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً إلى جزء ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم فقال: نصف تسع درهم وهكذا لو قال: كذا كذا كذا لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه.

المسألة الثالثة: إذا عطف فقال: كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد. لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهماً فصار كأنه قال: هما درهم. وإن قال: درهماً بالنصب ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يلزمه درهم واحد. وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضي. لأن كذا يحتمل أقل من درهم. فإذا عطف عليه مثله ثم فسرها بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً. وهذا يحكي قولاً للشافعي.

والوجه الثاني: يلزمه درهمان. وهو اختيار أبي الحسن التميمي. لأنه ذكر جملتين. فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كل واحدة منهما كقوله عشرون درهماً يعود التفسير إلى العشرين وكذا ها هنا. وهذا يحكي قولاً ثانياً للشافعي.

والوجه الثالث: يلزمه أكثر من درهم. ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجملة التي تليه فيلزمه بها درهم. والأولى باقية على إبهامها فيرجع في تفسيرها إليه. وهذا يشبه مذهب التميمي. وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهماً لزمه عشرون درهماً، لأنه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب. وإن قال كذا كذا درهماً لزمه أحد عشر درهماً. لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا وكذا درهماً لزمه أحد وعشرون لأنه أقل عدد عطف بعضه على

بعض يفسر بذلك، وإن قال كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم. لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد، وحكي عن أبي يوسف أنه إذا قال: كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهماً.

ولنا: إنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه فوجب المصير إلى ما قلنا لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال له علي دراهم لم يلزمه إلا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال. فإن اللفظ إذا كان حقيقة في الأمرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجباً لأكثر من المكرر. فإنه يجب بالمفرد عشرون، وبالمركب أحد عشر. ولا نعرف لفظاً مفرداً متناولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره.

فصل: ولو قال غصبتك أو غبنتك لم يلزمه شيء. لأنه قد يغصبه نفسه ويغبنه في غير المال. وإن قال غصبتك شيئاً وفسره بغصب نفسه لم يقبل. لأنه جعل له مفعولين. فجعله المفعول الأول وشيئاً المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الأول، وإن فسره بمال قبل وإن قل وإن فسره بكلب أو جلد ميتة أو سرجين ينتفع به قبل لأنه قد يقهره فيأخذه منه وإن فسره بما لا تقع فيه أو بما لا يباح الانتفاع به لم يقبل. لأن أخذ ذلك ليس بغصب.

فصل: وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول. لأن الإقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم.

مسألة: قال: (ولو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة كان القول قول المالك).

إنما قدم قول المالك. لأن العين ثبتت له بالإقرار وادعى القمر ديناً لا يعترف له به والقول قول المنكر. ولأنه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعليقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل. وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل. لأنه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله إلا ببينة وكذلك لو قال هذه الدار له: ولي سكناها سنة.

فصل: وإن قال لك علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك ألف ولا شيء لك عندي فقال أبو الخطاب: فيه وجهان:

أحدهما: القول قول المقر له. لأنه اعترف له بالألف وادعى عليه مبيعاً فأشبه ما إذا قال هذا رهن فقال المالك وديعة أو له علي ألف ولي عنده مبيع لم أقبضه.

والثاني: القول قول المقر. قال القاضي: هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وأبي يوسف. لأنه أقر بحق في مقابلة حق له ولا ينفك أحدهما عن الآخر. فإذا لم يسلم ماله لم يسلم للمقر له ما عليه كما لو قال لرجل بعتك هذا العبد بألف. قال بل ملكتنيه بغير شيء، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل وديعة. لأن الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لعبده بعتك نفسك بألف فأنكر العبد عتق ولا شيء للمقر. لأن العتق ينفك عن الثمن. ولا فرق بين

أن يقول لم أقبضه منفصلاً أو متصلاً. فلو قال: له علي ألف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلاً. لأن إقراره تعلق بالمبيع والأصل عدم القبض فقبل قوله فيه. فأما إن قال: علي ألف. ثم سكت ثم قال: من ثمن مبيع لم يقبل. لأنه فسر إقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال له: علي ألف ثم سكت ثم قال: مؤجل.

فصل: وإذا قال بعتك جاريتي هذه: قال: بل زوجتنيها فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاد أو بعده. فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية. لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حلها له بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما على أنه لا يستحق أخذها. وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد فالبائع يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لإقرار من ينسب إليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الأصل ولا ترد الأمة إلى البائع لإقراره بأنها أم ولد ولا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها إلا قدر المهر فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه. وإن اختلفا في سببه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي، إلا أنه لا يجعل على البائع يميناً، لأنه لا يرى اليمين في إنكار النكاح، ونفقة الولد على أبيه لأنه حر ونفقة الأمة على زوجها لأنه إما زوج وإما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي: نفقتها في كسبها فإن كان فيه فضل فهي موقوفة. لأننا أزلنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاد، فإن ماتت وتركت مالاً فللبائع قدر ثمنها، لأنه إما أن يكون صادقاً فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وإن كان كاذباً فهي ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وإن ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة فميراثها لولدها وورثتها فإن لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لأن أحداً لا يدعيه، وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن. لأنه يدعي الثمن على الواطىء وليس ميراثها له. لأنه قد مات قبلها، وإن كان اختلافهما قبل الاستيلاد فعندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه إمساكها وإنما اختلفا في السبب ولا ترد إلى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك، والأمر في الباطن على ذلك فإن السيد إن كان صادقاً فالأمة حلال لزوجها بالبيع. وإن كان كاذباً فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي أنفقا عليه إن كان السيد صادقاً فهو يستحقه ثمناً وإن كان كاذباً فهو يستحقه مهراً. وقال القاضي: يحلف الزوج أنه ما اشتراها. لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجية لأنه لا يستحلف فيه. وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج. لأن عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر. لأن السيد لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان:

أحدهما: ترجع إليه فيملكها ظاهراً وباطناً كما يرجع البائع في السلعة عند فلس المشتري بالثمن لأن الثمن ها هنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود إليه ملكاً.

والثاني: ترجع إليه في الظاهر دون الباطن. لأن المشتري امتنع من أداء الثمن مع إمكانه، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها. فإن كان وفق حقه فحسن وإن كان دونه أخذه. وإن زاد فالزيادة لا يدعيها أحد لأن المشتري يقر بها للبائع، والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الأول فهل تقر في يد المشتري أو ترجع إلى بيت المال؟ يحتمل وجهين، فإن رجع البائع وقال صدق خصمي ما بعته إياها بل زوجته لم يقبل في إسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها إن صارت أم ولد وقبل في إسقاط الثمن واستحقاق المهر وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن.

فصل: ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع لأنه محكوم له برقه وفي حق المشتري استنفاذاً واستخلاصاً فإذا صار في يده حكم بحريته لإقراره السابق ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعا إلى الزوج عوضاً ليخلعا صح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقته إلا البائع وأنا استخلصته فإن مات وخلف مالاً فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لأن أحداً لا يدعيه سواه لأن الراجع إن كان البائع فقال صدق المشتري، كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لأقراره ببطلان البيع وإن كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواه ولا يقبل قوله في نفي الحرية لأنها حق لغيره وإن رجعا معاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه أحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يحلف ويأخذه لأنه منكر وإن لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان:

أحدهما: يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك..

فصل: ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاء به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواه فإن رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه إليه لأنه لا منازع له فيه، وإن قال المقر له صدقت هذا لي والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفي الآخر.

مسألة: قال: **(ولو مات فخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل الذي في يده لمن أقر له به)**.

وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لهما في الميراث لم يثبت النسب بالإجماع لأن النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر ولا يمكن إثباته في حقهما لأن أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر

أهل العلم، وقال الشافعي: لا يشاركه وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم: ليس بشيء حتى يقروا جميعاً لأنه لم يثبت نسبه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب.

ولنا: إنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم ببطلانه ولأنه يقر له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له وصية فأنكر سائر الورثة. إذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه وبهذا قال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: إذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وإن أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده لأنه أخذ مالاً يستحقه من التركة فصار كالغاصب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبي ولأن الميراث يتعلق ببعض التركة كما يتعلق بجميعها فإذا هلك بعضها أو غصب تعلق الحق بباقيها والذي في يد المنكر كالمغصوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي.

ولنا: إن التركة بينهم أثلاثاً فلا يستحق مما في يده إلا الثلث كما لو ثبت نسبه ببينة، ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه، كالإقرار بالوصية وكإقرار أحد الشريكين، على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجر بها نفعاً لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه حق لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصته فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية، وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة، وها هنا يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقاً فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه وهو الأصح، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه؟ على وجهين: .

فصل: وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشاركهم في الميراث ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والأيمان التي له عليه وكذلك في النسب وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد: أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فإنه ابنه، فقال عبد بن زمعة هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة وللعاهر الحجر» فقضى به لعبد بن زمعة وقال: احتجبي منه يا سودة» والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت إلا بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين، وقال مالك لا يثبت إلا بإقرار اثنين لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة. ولنا إنه حق يثبت بالإقرار فلم يعتبر فيه

العدد كالدين ولأنه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر العدد فيه كإقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح: لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالإقرار بالدين.

فصل: في شروط الإقرار بالنسب

لا يخلو إما أن يقر على نفسه خاصة، أو عليه وعلى غيره، فإن أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط:

أحدها: أن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه.

الثاني: أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر.

الثالث: أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله.

الرابع: أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف فإن كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فإن كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره لأن نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب إحلافه على ذلك لم يستحلف لأن الأب لو عاد فجحد النسب لم يقبل منه وإن اعترف إنسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه، فأما إن كان إقراراً عليه وعلى غيره كإقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الأربعة وشرط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فإن كان المقر زوجاً أو زوجة لا وارث معهما لم يثبت النسب بإقرارهما لأن المقر لا يرث المال كله، وإن اعترف به الإمام معه ثبت النسب لأنه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي. وإن كان الوارث بنتاً أو أختاً أو أماً أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض، والرد ثبت النسب بقوله كالابن لأنه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لأنه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال، ولهم فيما إذا وافقه الإمام في الإقرار وجهان وهذا من فروع الرد ويذكر في موضعه وإن كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولهما لأنهما يأخذان المال كله، وإذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبر فيه الشروط التي تعتبر في الإقرار بالأخ وكذلك إن أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه.

فصل: وإن كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقاً أو مخالفاً لدين موروثه أو قاتلاً فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لأنه يحوز جميع الميراث ثم إن كان المقر به يرث شارك المقر في الميراث وإن كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً.

فصل: وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت النسب بإقراره لأنه لا يحوز الميراث كله فإن بلغ الصبي أو أفاق المجنون فأقرا به أيضاً ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه وإن أنكر لم يثبت النسب وإن ماتا قبل أن يصيرا مكلفين ثبت

نسب المقر به لأنه وجد الإقرار من جميع الورثة فإن المقر به صار جميع الورثة، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين فأقر به أحدهما وأنكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لأن المقر به صار جميع الورثة فأشبه ما لو أقر به ابتداء بعد موت أخيه وكما لو كان شريكه في الميراث غير مكلف وفيه وجه آخر أنه لا يثبت النسب لأنه أنكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف ما إذا كان شريكه غير مكلف فإنه لم ينكره وارث وهذا فيما إذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت فإن كان للميت وارث سواه أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي منهما وجهاً واحداً لأنه ليس كل الورثة ويقوم الوارث الميت الثاني مقامه فإذا وافق المقر في إقراره ثبت النسب وإن خالفه لم يثبت كالموروث وإن خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابناً فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لإقرار جميع الورثة به ويحتمل أن لا يثبت لإنكار الميت له.

فصل: وإذا أقر الوارث بمن يحجبه كأخ أقر بابن الميت من أب أقر بأخ من أبوين وابن ابن أقر بابن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول أبي العباس بن سريج وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لأن توريثه يفضي إلى إسقاط توريثه فسقط بيانه أنه لو ورث لخرج المقر به، عن كونه وارثاً فيبطل إقراره ويثبت نسب المقر به وتوريثه فيؤدي توريثه إلى إسقاط نسبه وتوريثه فأثبتنا النسب دون الميراث.

ولنا: إنه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه أحد موانع الإرث فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]. أي فيرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولأن ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لأننا إنما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه بالإقرار عن الإرث لا يمنع صحته بدليل أن الابن إذا أقر بأخ فإنه يرث مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة، فإن قيل إنما يقبل إقراره إذا صدقه المقر به فصار إقراراً من جميع الورثة، وإن كان المقر به طفلاً أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله. قلنا: ومثله ها هنا فإنه إن كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر إقراره وإن كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب بقول الآخر كما لو كانا ابنين أحدهما صغير فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا إنه لا تعتبر موافقته كذا ها هنا ولأنه لو كان في يد إنسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له وإن كان المقر يخرج بالإقرار عن كونه مالكاً كذا ها هنا.

فصل: فإن خلف ابناً فأقر بأخ ثبت نسبه ثم إن أقر بثالث ثبت نسبه أيضاً لأنه إقرار من جميع الورثة فإن قال الثالث الثاني ليس بأخ لنا فقال القاضي يسقط نسب الثاني لأن الثالث وارث منكر لنسب الثاني فأشبه ما لو كان نسبه ثابتاً قبل الثاني وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولا

ميراثه لأن نسبه ثبت بقول الأول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولأنه أقر من هو كل الورثة حين الإقرار وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولأن الثاني لو أنكر الثالث لم يثبت نسبه وإنما ثبت نسبه بإقراره فلا يجوز له إسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالأول ولأن ذلك يؤدي إلى إسقاط الأصل بالفرع الذي يثبت به.

فصل: وإن أقر الابن بأخويه دفعة واحدة، فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما. وإن تكاذبا ففيهما وجهان:

أحدهما: لا يثبت نسبهما. وهو مذهب الشافعي. لأن كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة.

والثاني: يثبت نسبهما لأن كل واحد منهما وجد الإقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الإقرار فلم تعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين. فإن كان أحدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما. وفي الآخر وجهان وإن كانا توأمين ثبت نسبهما. ولم يلتفت إلى إنكار المنكر منهما سواء تجاحدا معاً أو جحد أحدهما صاحبه. لأننا نعلم كذبهما، فإنهما لا يفترقان ولو أقر الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر، لأنهما لا يفترقان في النسب، وإن أقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما. على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين وهل يثبت على الوجه الآخر؟ يحتمل أن يثبت. لأنه أقر به كل الورثة حين الإقرار. ولم يجحده أحد. فأشبه ما لو انفرد ويحتمل ألا يثبت. لأن أحدهما وارث، ولم يقر بصاحبه: فلم يجتمع كل الورثة على الإقرار به. ويدفع المقر إلى كل واحد منهما ثلث الميراث، سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل. لأنه مقر به.

فصل: إذا خلف امرأة وأخاً فأقرت المرأة بابن للميت، وأنكر الأخ لم يثبت نسبه، ودفعت إليه ثمن الميراث وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها. وإن أقر به الأخ وحده لم يثبت نسبه. ودفع إليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال فإن خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لأبيه وأنكر الآخر، لم تثبت الزوجية ويدفع إليها ثمن نصف الميراث. ولأصحاب الشافعي في هذه المسألة كقولنا. لأن الزوجية زالت بالموت وإنما المقر به حقها من الميراث. ولهم وجه آخر: لا شيء لها، وإن كان للميت امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها. لأن الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر. وكذلك ما كان مثل هذا مثل أن يخلف أخاً من أب وأخاً من أم، فيقر الأخ من الأم بأخ للميت. فلا شيء للمقر به، سواء أقر بأخ من أبوين أو من أب أو من أم لأن ميراثه في يد غير المقر، وإن أقر بأخوين من أم دفع إليهما ثلث ما في يده. لأنه يقر أنهم شركاء في الثلث. لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف تسع. فيفضل في يده نصف تسع، وهو ثلث ما في يده.

فصل: وإذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشارك لهم في الميراث ثبت نسبه إذا لم يكونا متهمين. وكذلك إن شهد على إقرار الميت به، وإن كانا متهمين كأخوين من أم

يشهدان بأخ من أبوين. في مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما. لأن ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث. وكذلك لو شهدا بأخ من أب. في مسألة معهما أم وأخت من أبوين، وأخت من أب لم تقبل شهادتهما. لأن ثبوت نسبه يسقط أخته، فيذهب العول من المسألة فإن لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما. وثبت النسب لعدم التهمة.

فصل: وإن أقر رجلان عدلان بنسب مشارك لهما في الميراث. وثم وارث غيرهما، لم يثبت النسب. إلا أن يشهدا به. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يثبت لأنهما بينة.

ولنا: إنه إقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب، كالواحد. وفارق الشهادة. لأنه تعتبر فيها العدالة والذكورية والإقرار بخلافه.

فصل: وإذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه. وبهذا قال الشافعي. ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه، لأنه متهم في قصد أخذ ميراثه. وقال أبو حنيفة: لا يثبت نسبه ولا إرثه لذلك.

ولنا: إن علة ثبوت نسبه في حياته الإقرار به، وهو موجود بعد الموت، فيثبت به كحالة الحياة، وما ذكروه يبطل ما إذا كان المقر به حياً موسراً. أو المقر فقيراً، فإنه يثبت نسبه، ويملك المقر التصرف في ماله وإيقافه منه على نفسه، وإن كان المقر به كبيراً عاقلاً، فكذلك في قول القاضي، وظاهر مذهب الشافعي لأنه لا قول له أشبه الصغير، وفيه وجه آخر: أنه لا يثبت نسبه، لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه، ولم يوجد ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف، فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر، ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الإقرار والتصديق من المقر به، فأشبه ما لو صدقه في حياته، وقال أبو الخطاب: وإذا أقر رجل بزوجية امرأة، أو أقرت أن فلاناً زوجها، فلم يصدقه المقر إلا بعد موته، ورثه لأنه وجد الإقرار والتصديق معاً.

فصل: وإذا خلف رجل امرأة وابناً من غيرها، فأقر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لأنه لم يقر به كل الورثة. وهل يتوارثان؟ فيه وجهان:

أحدهما: يتوارثان، لأن كل واحد منهما يقر أنه لا وارث له سوى صاحبه، ولا منازع لهما.

والثاني: لا يتوارثان، لأن النسب بينهما لم يثبت لما كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه. لأنه منازع في الميراث، ولم يثبت نسبه.

فصل: وإذا ثبت النسب بالإقرار ثم أنكر المقر، لم يقبل إنكاره، لأنه نسب ثبت بحجة شرعية، فلم يزل بإنكاره كما لو ثبت ببينة أو بالفراش وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفاً فصدق المقر ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه، لأنه ثبت باتفاقهما فزال

برجوعهما كالمال والأول أصح لأنه نسب ثبت بالإقرار، فأشبه نسب الصغير والمجنون، وفارق المال لأن النسب يحتاط لإثباته.

فصل: وإن أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل إقرارها وإن كانت ذات زوج فهل يقبل إقرارها؟ على روايتين:

إحداهما: لا يقبل. لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها، ولم يقر به، أو إلحاقاً للعار به بولادة امرأته من غيره.

والثانية: يقبل، لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه، فقبل كالرجل، وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولداً. فإن كان لها إخوة أو نسب معروف. فلا بد من أن يثبت أنه ابنها، فإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل، فالظاهر أنه لا تخفى عليهم ولادتها فمتى ادعت ولداً لا يعرفونه، فالظاهر كذبها، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقاً، لأن النسب يحتاط له فأشبهت الرجل.

فصل: ولو قدمت امرأة من بلد الروم، ومعها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الإمكان وعدم المنازع لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم، أو دخلت هي دار الإسلام ووطئها والنسب يحتاط لإثباته، ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه، وإن لم يعرف له قدوم إليها، ولا عرف لها خروج من بلدها.

فصل: وإن أقر بنسب صغير. لم يكن مقراً بزوجية أمه. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها، لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة، وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح.

ولنا: إن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه، فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية. وما ذكروه لا يصح، فإن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة، فلا يلزمه بحكم إقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجبه.

فصل: وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد، لا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي، فإقراره صحيح ويطالب بالبيان، فإن عين أحدهم ثبت نسبه وحريته، ثم يسأل عن كيفية الاستيلاد، فإن قال كان بنكاح فعلى الوالد الولاء لأنه قد مسه رق. والأم وولداها الآخران رقيق قن. وإن قال: استولدتها في ملكي فالمقر به حر الأصل لا ولاء عليه والأمة أم ولد، ثم إن كان المقر به الأكبر فأخواه أبناء أم ولد حكمهما حكمها في العتق بموت سيدها، وإن كان الأوسط فالأكبر قن والأصغر له حكم أمه، وإن عين الأصغر، فأخواه رقيق قن، لأنها ولدتها قبل الحكم بكونها أم ولد، وإن قال: هو من وطء شبهة، فالولد حر الأصل وأخواه مملوكان. وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه، فإن بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولديها حكم الاستيلاد لأنه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة. وإن لم يبينوا النسب وقالوا: لا نعرف ذلك ولا الاستيلاد،

فإنا نريه القافة[1]. فإن ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه، ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره، فإن لم تكن قافة أقرع بينهم، فمن وقعت له القرعة عتق وورث. وبهذا قال الشافعي: إلا أنه لا يورثه بالقرعة.

ولنا: إنه حر استندت حريته إلى إقرار أبيه فورث كما لو عينه في إقراره.

فصل: وإذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي نظرت فإن كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح إقراره ولحق الولدان بالزوجين، وإن كان لإحداهما زوج دون الأخرى انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى لأنه الذي يمكن إلحاقه به وإن لم يكن لواحدة منهما زوج ولكن أقر السيد بوطئهما صارتا فراشاً ولحق ولداهما به إذا أمكن أن يولد بعد وطئه وإن أمكن في إحداهما دون الأخرى انصرف الإقرار إلى من أمكن لأنه ولده حكماً، وإن لم يكن أقر بوطء واحدة منهما صح إقراره وتثبت حرية المقر به لأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الإمكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه. ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى نسائه فإذا بين قبل بيانه لأن المرجع في ذلك إليه، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فإن قال استولدتها في ملكي فالولد حر الأصل لا ولاء عليه وأمه أم ولد وإن قال في نكاح فعلى الولد الولاء لأنه مسه رق والأمة قن لأنها علقت بمملوك وإن قال بوطء شبهة فالولد حر الأصل والأمة قن لأنها علقت به في غير ملك، وإن ادعت الأخرى أنها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الاستيلاد فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقراره بشيء فإذا حلف رقت ورق ولدها وإذا مات ورثه ولده المقر به، وإن كانت أمه قد صارت أم ولد عتقت أيضاً وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها إن كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره عتق منها بقدر ما ملك فإن مات قبل أن يبين قام وارثه مقامه في البيان لأنه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره فإذا بين كان كما لو بين الموروث، وإن لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففي الأمة وجهان:

أحدهما: يكون رقيقاً لأن الرق الأصل فلا يزول بالاحتمال.

والثاني: يعتق. لأن الظاهر أنها ولدته في ملكه. لأنه أقر بولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي فإن لم يكن وارث أو كان وارث فلم يعين عرض للقافة فإن ألحقت به أحدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لأن للقرعة مدخلاً في إثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها، وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني: يوقف نصيب ابن لأننا تيقنا ابناً وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لأنه لا يرجى انكشافه وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك إلا أنه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سعايتهما والكلام على قسمة الحرية والسعاية يأتي في العتق إن شاء الله تعالى.

---

(١) القافة: جمع قائف وهو الخبير بالأنساب الذي ينظر إلى الولد فيلحقه بمن هو شبيهه.

مسألة: قال: (وكذلك إن أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه).

وجملة ذلك أن الوارث إذا أقر بدين على موروثه قبل إقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركة لم يلزم الوارث بشيء لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً وإن خلف تركة تعلق الدين بها فإن أحب الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه إلا ذلك وإن أحب استخلاصها وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمنزلة الجاني، وإن كان الوارث واحداً فحكمه ما ذكرنا وإن كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين بإقرار الميت أو بينة أو إقرار جميع الورثة فكذلك، وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة إليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه، وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولي الشافعي رجع إليه بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]. ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصباً فتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه أجنبي.

ولنا: إنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه. ولأنه إقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالإقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولأنه حق لو ثبت ببينة أو قول الميت أو إقرار الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه بإقراره أكثر من نصفه كالوصية ولأن شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجر بها إلى نفسه نفعاً.

فصل: إذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل أن يقولا ورثناها أو ابتعناها معاً فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لهما جميعاً لأنهما اعترفا أن الدار لهما مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منها والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنهما لم يعترفا بالاشتراك فإن أقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف إليه لأن الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلته فيثبت لمن يقر له، وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فإن قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع إلا نصفها قلنا ليس من شرط صحة الإقرار تقدم الدعوى بل متى أقر الإنسان بشيء فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ها هنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى ألف لأن له حجة به أو لأن النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف به، فإن لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يبطل الإقرار به لأنه أقر به لمن يدعيه.

الثاني: ينزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لمالكه.

والثالث: يدفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ما ذكرنا.

مسألة: قال: (وكل من قلت القول قوله فلخصمه عليه اليمين).

يعني في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندي ألف ثم قال وديعة أو قال علي ثم قال وديعة أو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى، وإذا اختلفا في قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذي الرهن به وأشباه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبي ﷺ: «لو أعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولأن اليمين يشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه تقوية لقوله واستظهاراً والذي جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين في حقه.

فصل: إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجر المستأجر ثم أنكر ذلك وسأل إحلاف خصمه ففيه روايتان:

إحداهما: لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لإقراره فلا تسمع كما لو أقر المضارب أنه ربح ألفاً ثم قال غلطت ولأن الإقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة فقال احلفوه لي مع بينته لم يستحلف كذا ها هنا.

والثانية: يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأن العادة جارية بالإقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال، ويفارق الإقرار البينة لوجهين:

أحدهما: أن العادة جارية بالإقرار بالقبض ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبله لأنها تكون شهادة زور.

والثاني: أن إنكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الإقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرد غير هذا الوجه، وكذلك لو أقر أنه اقترض منه ألفاً وقبضها أو قال له علي ألف ثم قال: ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز إلا على اليقين، فأما إن أقر أنه وهبه طعاماً ثم قال ما أقبضتكه. وقال المتهب بل أقبضتنيه فالقول قول الواهب لأن الأصل عدم القبض، وإن كانت في يد المتهب فقال أقبضتنيها بل أخذتها مني بغير إذن فالقول قول الواهب أيضاً لأن الأصل عدم الإذن وإن كانت حين الهبة في يد المتهب لم يعتبر إذن الواهب وإنما يعتبر مضي مدة يتأتى القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما اليمين لما ذكرنا.

مسألة: قال: (والإقرار بدين في مرض موته كالإقرار في الصحة إذا كان لغير وارث).

هذا ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز وحكى أصحابنا رواية أخرى أنه لا يقبل لأنه إقرار في مرض الموت أشبه الإقرار لوارث، وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى أنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون.

ولنا: إنه إقرار غير متهم فيه فقبل كالإقرار في الصحة يحققه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول، وفارق الإقرار للوارث لأنه متهم فيه على ما سنذكره.

فصل: فإن أقر لأجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت ببينة أو إقرار في صحته وفي المال سعة لهما فهما سواء وإن ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخرقي أنهما سواء وهو اختيار التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال لم يختص أحدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا ببينة، وقال أبو الخطاب: لا يحاص غرماء الصحة وقال القاضي هو قياس المذهب لنص أحمد في المفلس أنه إذا أقر وعليه دين ببينة يبدأ بالدين الذي بالبينة وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة كغريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع ومن الإقرار لوارث ولأنه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه ببينة كالذي أقر له المفلس، وإن أقر لهما جميعاً في المرض تساويا ولم يقدم السابق منهما لأنهما استويا في الحال فأشبها غريمي الصحة.

مسألة: قال: (وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة).

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الأنصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن وإسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الإقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كالمذهبين، وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبطل إن اتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لأنه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلة منع الإقرار التهمة فاختص المنع بموضعها.

ولنا: إنه إيصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضى ورثته كهبته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الأجنبي فإن

هبته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الإرث وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما.

فصل: وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه صح في قولهم جميعاً لا نعلم فيه مخالفاً إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لها لأنه إقرار لوارث.

ولنا: إنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبه ما لو كان عليه دين ببينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك إن اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بثمن مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها ثم أبانها ثم رجع تزوجها ومات في مرضه لم يقبل إقراره لها، وقال محمد بن الحسن: يقبل لأنها صارت إلى حال لا يتهم فيها فأشبه ما لو أقر المريض ثم برأ.

ولنا: إنه إقرار لوارث في مرض الموت أشبه ما لو لم يبنها، وفارق ما إذا صح من مرضه لأنه لا يكون مرض الموت.

فصل: وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صح إقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لأنه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والأب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحمد: لا يجوز. وبهذا قال عثمان البتي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية.

ولنا: إنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولأنه إذا أقر لغير وارث ثبت الإقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقع باطلاً لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولأنه إقرار لوارث فلم يصح كما لو استمر الميراث وإن أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الإرث أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسألتنا.

فصل: وإن أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الأجنبي ويحتمل أن لا يصح في حق الأجنبي كما لو شهد بشهادة يجر إلى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل وكما لو شهد لابنه وأجنبي. وقال أبو حنيفة إن أقر لهما بدين من الشركة فاعترف الأجنبي بالشركة صح الإقرار لهما وإن جحدها صح له دون الوارث.

ولنا: إنه إقرار لوارث وأجنبي فيصح للأجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين أو كما لو جحد الأجنبي الشركة، ويفارق الإقرار الشهادة لقوة الإقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالإقرار بنسب موسر قبل ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما

عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على ألف بانت بإقراره والقول قولها في نفي العوض وإن قال لعبده اشتريت نفسك مني بألف فكذلك.

فصل: ويصح إقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين. والأخرى لا يصح لأنه إقرار لوارث فأشبه الإقرار له بمال. والأول أصح. لأنه عند الإقرار غير وارث ويصح كما لو لم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسألة على ما إذا أقر لغير وارث ثم صار وارثاً فمن صحح الإقرار ثم صححه ها هنا ومن أبطله أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته عتق ولم يرثه. لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بحريته وإذا بطلت الحرية سقط الإرث فصار توريثه سبباً إلى إسقاط توريثه فأسقطنا التوريث وحده، ويحتمل أن يرث لأنه حين الإقرار غير وارث فصح إقراره له كالمسألة قبلها.

فصل: ويصح الإقرار من المريض بإحبال الأمة لأنه يملك ذلك فملك الإقرار به وكذلك كل ما ملكه ملك الإقرار به. فإذا أقر بذلك ثم مات. فإن بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الأصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المال. وإن قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الأمة أم ولد وعتق الولد فإن كان من نكاح فعليه الولاء. لأنه مسه رق. وإن قال من وطء شبهة لم تصر الأمة أم ولد. وإن لم يتبين السبب فالأمة مملوكة. لأن الأصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل أن تصير أم ولد. لأن الظاهر استيلادها في ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد. لأن الأصل عدمه فلا يثبت إلا بدليل.

فصل: في الألفاظ التي يثبت بها الإقرار إذا قال: له علي ألف، أو قال: له لي عليك ألف، فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمري أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك، كان مقراً في جميع ذلك. لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق، قال الله تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤]. وإن قال: أليس لي عندك ألف؟ قال بلى، كان إقراراً صحيحاً لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفي. قال الله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢]. وإن قال لك علي ألف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به لأن ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب. وإن قال اقضني الألف الذي لي عليك قال نعم. كان مقراً به لأنه تصديق لما ادعاه. وإن قال: اشتر عبدي هذا، أوأعطني عبدي هذا. فقال نعم: كان إقراراً لما ذكرنا. وإن قال لك علي ألف إن شاء الله تعالى كان مقراً به نص عليه أحمد. وقال أصحاب الشافعي: ليس بإقرار. لأنه علق إقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد. ولأن ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل إلى معرفته.

ولنا: إنه وصل إقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الإقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له: علي ألف إلا ألفاً. ولأنه عقب الإقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال له: علي ألف في مشيئة الله تعالى، وإن قال له: علي ألف إلا أن يشاء الله صح الإقرار. لأنه أقر ثم علق رفع الإقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال: لك

علي ألف إن شئت أو إن شاء زيد لم يصح الإقرار، وقال القاضي: يصح، لأنه عقبه بما يرفعه فصح الإقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال إن شاء الله.

ولنا: إنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال له: علي ألف إن شهد بها فلان وذلك لأن الإقرار إخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل. ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فإن مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركاً وصلة وتفويضاً إلى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى: ﴿لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ آمِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُؤُوسَكُمْ﴾ [الفتح: ٢٧]. وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاتهم، بخلاف مشيئة الآدمي. **الثاني**: أن مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر فلا يمكن وقف الأمر على وجودها، ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً بتوقف الأمر على وجودها، والماضي لا يمكن وقفه فيتعين حمل الأمر ها هنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً، وإن قال بعتك إن شاء الله تعالى أو زوجتك إن شاء الله تعالى فقال أبو إسحاق بن شاقلا: لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح؟ فقال: نعم إن شاء الله تعالى إن النكاح وقع به، قال أبو حنيفة: ولو قال بعتك بألف إن شئت فقال: قد شئت وقبلت صح لأن هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فإن الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره وإن قال له: علي ألفان إن قدم فلان لم يلزمه لأنه لم يقر بها في الحال وما لا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط، وإن قال: إن شهد فلان علي لك بألف صدقته لم يكن إقراراً لأنه يجوز أن يصدق الكاذب، وإن قال إن شهد بها فلان فهو صادق احتمل أن لا يكون إقراراً لأنه علقه على شرط فأشبهت التي قبلها واحتمل أن يكون إقراراً في الحال لأنه يتصور صدقه إذا شهد بها إلا أن تكون ثابتة في الحال وقد أقر بصدقه. وإن قاله له: علي ألف إن شهد بها فلان لم يكن إقراراً لأنه معلق على شرط.

فصل: وإن قال: لي عليك ألف فقال: أنا أقر لم يكن إقراراً لأنه وعد بالإقرار في المستقبل وإن قال: لا أنكر لم يكن إقراراً لأنه لا يلزم من عدم الإنكار الإقرار فإن بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما، وإن قال: لا أنكر أن تكون محقاً لم يكن إقراراً لذلك وإن قال: أنا مقر ولم يزد احتمل أن يكون مقراً لأن ذلك عقيب الدعوى فيصرف إليها وكذلك إن قال أقررت قال الله تعالى: ﴿قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي؟ قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران: ٨١]. ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم إقراراً واحتمل أن لا يكون مقراً لأنه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو ببطلان دعواك وإن قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لأنهما للترجي، وإن قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن إقراراً لأن هذه الألفاظ تستعمل للشك، وإن قال خذ أو اتزن لم يكن مقراً لأنه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئاً آخر، وإن قال خذها أو اتزنها أو هي صحاح ففيه وجهان: **أحدهما**: ليس بإقرار لأن الصفة ترجع إلى المدعي ولم يقر بوجوبه ولأنه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجباً عليه فأمره بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب. **والثاني**: يكون إقراراً لأن الضمير يعود إلى ما تقدم وإن قال له

علي ألف إذا جاء رأس الشهر أو إذا جاء رأس الشهر فله علي ألف فقال أصحابنا الأول إقرار والثاني ليس بإقرار وهذا منصوص الشافعي لأنه في الأول بدأ بالإقرار والثاني ليس بإقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لأن قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الإقرار بأمر محتمل وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه لفظاً يصلح للإقرار ويصلح للوعد فلا يكون إقراراً مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينهما لأن تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعاً وجهان.

كتاب العارية

مسألة: قال: (والعارية مضمونة وإن لم يتعد فيها المستعير).

العارية إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال مشتقة من عار الشيء إذا ذهب وجاء منه قيل للبطال عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول أعاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧]. روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا العواري وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو، وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة عام حجة الوداع: «العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعيم غارم» أخرجه الترمذي. وقال حديث حسن غريب وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال أغصباً يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود.

وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، لأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً. إذا ثبت هذا: فإن العارية مندوب إليها وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم، وقيل: هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: «ما من صاحب إبل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال: «إعارة دلوها وإطراق فحلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكر في خبره.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك» رواه ابن المنذر، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس في المال حق سوى الزكاة» وفي حديث الأعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ: ماذا فرض الله علي من الصدقة؟ قال: «الزكاة» فقال: هل علي غيرها؟ قال: «لا إلا أن تطوع شيئاً» أو كما قال، والآية فسرها ابن عمر والحسن البصري بالزكاة. وكذلك زيد بن أسلم. وقال عكرمة: إذا جمع ثلاثتها فله الويل إذا سها عن الصلاة وراءى ومنع

الماعون. ويجب رد العارية إن كانت باقية بغير خلاف ويجب ضمانها إن كانت تالفة تعدى فيها المستعير أو لم يتعد روى ذلك ابن عباس وأبي هريرة. وإليه ذهب عطاء والشافعي وإسحاق، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي وابن شبرمة: هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المغل[1] ضمان» ولأنه قبضها بإذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة قالوا وقول النبي ﷺ «العارية مؤداة» يدل على أنها أمانة لقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

ولنا: قول النبي ﷺ في حديث صفوان «بل عارية مضمونة» وروى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» رواه أبو داود والترمذي. وقال حديث حسن غريب. ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف فكان مضموناً كالغاصب، والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان، عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان. قاله الدارقطني. ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجزاء، وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم.

فصل: وإن شرط نفي الضمان لم يسقط. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حفص العكبري: يسقط، قال أبو الخطاب. أومأ إليه أحمد، وهو قول قتادة والعنبري لأنه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها. فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها. وقيل: بل مذهب قتادة والعنبري، أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها. فيجب لقول النبي ﷺ لصفوان: «بل عارية مضمونة».

ولنا: إن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد، وما اقتضى الأمانة. فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة، والذي كان من النبي ﷺ إخبار بصفة العارية وحكمها، وفارق ما إذا أذن في الإتلاف، فإن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه، ويسقط حكمه إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الإذن فيه، وإسقاط الضمان ها هنا نفي للحكم مع وجود سببه، وليس ذلك للمالك ولا يملك الإذن فيه.

فصل: وإذا انتفع بها وردها على صفتها، فلا شيء عليه، لأن المنافع مأذون في إتلافها، فلا يجب عوضها، وإن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال، فعليه ضمانها، لأن ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمغصوب، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل[2] المنشفة والقطيفة وخف الثوب يلبسه ففيه وجهان:

---

(١) المغل: الخائن.

(٢) الخمل: الوبرة التي تكون للمنشفة والقطيفة.

أحدهما: يجب ضمانه، لأنها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت مغصوبة ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كسائر الأجزاء.

والثاني: لا يضمنها. وهو قول الشافعي لأن الإذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في إتلافها صريحاً. وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في إتلافها على وجه الانتفاع فإذا تلفت العين قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فإنه يضمن منافعها، فإذا قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فإنها تقوم حال التلف لأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه. وإن قلنا: يجب ضمان الأجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها بأجزائها، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يعيره ثوباً ليلبسه فحمل فيه تراباً فإنه يضمن نقصه ومنافعه لأنه تلف بتعديه وإن تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فينبغي أن يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبه تلفها بفعل غير مأذون فيه، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه.

فصل: فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين. لأنه لم يدخل في الإعارة فلم يدخل في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه فأشبه الوديعة، ويضمنه في الآخر لأنه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المغصوبة، والأول أصح فإن ولد المغصوبة لا يضمن إذا لم يكن مغصوباً، وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه. وإنما يضمن ولد المغصوبة إذا كان مغصوباً فلا أثر لكونه ولداً لها.

فصل: ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال فإن لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم تلفها إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها. إن كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً.

فصل: وإن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها. وإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه، أو إلى ملك صاحبها. لم يبرأ من ضمانها. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يبرأ لأنها صارت كالمقبوضة. فإن رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة.

ولنا: إنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق إذا رد المسروق إلى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها، وإن ردها إلى من جرت

عادته بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفة في ماله ورد الدابة إلى سائسها. فقياس المذهب أنه يبرأ قاله القاضي لأن أحمد قال في الوديعة إذا سلمها المودع إلى امرأته: لم يضمنها ولأنه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أذن فيه نطقاً، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي ﷺ: «العارية مؤداة» وقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وعليه ردها إلى الموضع الذي أخذها منه: إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره لأن ما وجب رده لزم رده إلى موضعه كالمغصوب.

فصل: ولا تصح العارية إلا من جائز التصرف لأنه تصرف في المال فأشبه التصرف بالبيع. وتعقد بكل فعل أو لفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع إليه شيئاً ويقول أبحتك الانتفاع به أو خذ هذا فانتفع به أو يقول أعرني هذا أو أعطنيه أركبه أو أحمل عليه ويسلمه إليه. وأشباه هذا لأنه إباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف.

فصل: وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعقار والعبيد والجواري والدواب والثياب والحلي للبس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك، لأن النبي ﷺ استعار أدراعاً، وذكر إعارة دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فيثبت الحكم في هذه الأشياء وما عداها مقيس عليها إذا كان في معناها. ولأن ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع كالثياب ولأنها أعيان تجوز إجارتها فجازت إعارتها كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض، وهذا قول أصحاب الرأي. وقيل ليس هذا جائزاً، ولا تكون العارية في الدنانير، وليس له أن يشتري بها شيئاً.

ولنا: إن هذا معنى القرض فانعقد القرض به كما لو صرح به.

فصل: ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر لأنه لا يجوز تمكينه من استخدامه. فلم تجز إعارته لذلك ولا إعارة الصيد لمحرم لأنه لا يجوز له إمساكه ولا إعارة المرأة الجميلة لرجل غير محرمها، وإن كان يخلو بها، أو ينظر إليها لأنه لا يؤمن عليها، وتجوز إعارتها لامرأة ولذي محرمها، ولا تجوز إعارة العين لنفع محرم كإعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يعصي الله تعالى فيها. ولا إعارة عبده للزمر أو ليسقيه الخمر أو يحملها له أو يعصرها، أو نحو ذلك، ويكره أن يستعير والديه لخدمته، لأنه يكره له استخدامها فكره استعارتها لذلك.

فصل: وتجوز الإعارة مطلقاً ومقيداً، لأنها إباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام، ولأن الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة، فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيح له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به. فإذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويغرس ويبني ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لأن الإذن مطلق، وإن أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررهما. فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه، وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لأن ضررهما أكثر فلم يكن الإذن في القليل إذناً في الكثير وإن استعارها

للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منهما دون الآخر لأن ضررهما مختلف فإن ضرر الغراس في باطن الأرض لانتشار العروق فيها وضرر البناء في ظاهرها، فلم يكن الإذن في أحدهما إذناً في الآخر، وإن استعارها لزرع الحنطة، فله زرعها وزرع ما هو أقل ضرراً منها كالشعير والباقلا والعدس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لأن الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن. لأن ضرره أكثر، وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الإجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه. وسنذكر في الإجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها. وإن أذن له في غرس شجرة فانقلعت لم يكن له غرس أخرى، وكذلك إن أذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى، لأن الإذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزه.

فصل: وإن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله، لأن وكيله نائب عنه ويده كيده، وليس له أن يؤجره، لأنه لم يملك المنافع، فلا يصح أن يملكها، ولا نعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه، وليس له أن يعيره غيره. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وقالوا في الآخر: له ذلك، وهو قول أبي حنيفة، لأنه يملكه على حسب ما ملكه، فجاز كما للمستأجر أن يؤجر، قال أصحاب الرأي: إذا استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن. وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه وقال مالك: إذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه.

ولنا: إن العارية إباحة المنفعة، فلم يجز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام وفارق الإجارة، لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها، وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له، فأشبه من أبيح له أكل الطعام، فعلى هذا إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل. وله أن يطالب من شاء منهما. لأن الأول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه، والثاني استوفاه بغير إذنه فإن ضمن الأول رجع على الثاني، لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال، فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول لأنه غر الثاني ودفع إليه العين على أنه يستوفي منافعها بغير عوض. وإن تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، فإن رجع على الأول رجع الأول على الثاني، وإن رجع على الثاني لم يرجع على أحد.

فصل: وإن أعاره شيئاً وأذن له في إجارته مدة معلومة أو في إعارته مطلقاً أو مدة جاز، لأن الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه، وليس له الرجوع بعد عقد الإجارة حتى ينقضي، لأن عقد الإجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر، لأن عقد الإجارة لا يوجب ضماناً، وإن أجره بغير إذن لم تصح الإجارة، ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمين من شاء منهما على ما ذكرناه في العارية.

فصل: ويجوز أن يستعير عبداً يرهنه، قال ابن المنذر: أجمعوا على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم إلى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن لـه فيه أن ذلك جائز، وذلك لأنه استعاره ليقضي بـه حاجتـه، فصح كسائر العـواري ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه، لأن العارية لا يعتبر فيها العلم، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي: يعتبر ذلك، لأن الضرر يختلف بذلك.

ولنا: إنها عارية لجنس من النفع، فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الأرض للزرع، ولا يصير المعير ضامناً للدين. وقال الشافعي في أحد قوليه يصير ضامناً لـه في رقبة عبده، لأن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ها هنا للمالك. فدل على أنه ضمان.

ولنا: إنه أعاره ليقضي منها حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العواري. وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه، وما عداه من النفع فهو لمالك العين، وإن عين المعين قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه أو محلاً تعين لأن العارية تتعين بالتعيين. فإن خالفه في الجنس لم يصح، لأنه عقد لم يأذن له فيه، أشبه ما لو لم يأذن في رهنه وكذلك إذا أذن له في محل فخالفه فيه. لأنه إذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفكه به في الحال، وإن أذن في رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل لم يصح، وإن رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح. لأن من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه، وإن رهنه بأنقص منه جاز، لأن من رضي بعشرة رضي بما دونها عرفاً. فأشبه من أمر بشراء شيء بثمن فاشتراه بدونه وللمعير مطالبة الراهن بفكاك الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل. لأن للمعير الرجوع في العارية متى شاء، وإن حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه في الدين، لأن ذلك مقتضى الرهن. فإذا بيع في الدين أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته، لأن العارية تضمن بقيمتها. وإن تلف بغير تفريط فلا شيء على المرتهن، لأن الرهن لا يضمن من غير تعد، وإن استعار عبداً من رجلين فرهنه بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما لم تخرج، لأنه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد.

فصل: وتجوز العارية مطلقة ومؤقتة. لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام وللمعير الرجوع في العارية أي وقت شاء. سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: إن كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت. وإن لم تؤقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها. لأن المعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده بعقد مباح. فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر.

ولنا: إن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل العين في يده، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصي الرجوع، ولم يملك الورثة الرجوع. لأن التبرع من

غيرهم، وأما المستأجر فإنه مملوك بعقد معاوضة فيلزم، بخلاف مسألتنا، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف نعلمه. لأنه إباحة فكان لمن أبيح له تركه كإباحة الطعام.

فصل: وإذا أطلق المدة في العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع. وإن وقتها فله أن ينتفع ما لم يرجع أو ينقضي الوقت. لأنه استباح ذلك بالإذن ففيما عدا محل الإذن يبقى على أصل التحريم. فإن كان المعار أرضاً لم يكن له أن يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع. فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه، وحكمه حكم الغاصب في ذلك لقول النبي ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان. ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام الغصب لأنه عدوان.

فصل: فإن أعاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع في العارية في أثنائه ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع: لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يجز له الإضرار به، مثل أن يعيره لوحاً يرقع به سفينته فرقعها به ولجج بها في البحر لم يجز الرجوع ما دامت في البحر. وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه، وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها، فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يبل الميت، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كما تجوز إعارة الأرض للبناء والغراس. وله الرجوع ما لم يضعه وبعد وضعه ما لم يبن عليه. لأنه لا ضرر فيه، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء، وإن قال: أنا أدفع إليك أرش ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك. لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه. ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة. وإن انهدم الحائط وزال الخشب عنه، أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها. لأن العارية لا تلزم، وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه، لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك. وكذلك إذا سقط الخشب والحائط بحاله. وإن أعاره أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع ما لم يزرع فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع. فإن بذل له قيمة الزرع ليملكه لم يكن له ذلك. نص عليه أحمد. لأن له وقتاً ينتهي إليه. فإن كان مما يحصد قصيلاً فله الرجوع في وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه، وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهي، وإن أذن له في البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه. فإذا غرس وبنى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء لأنه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منه. فأشبه ما لم يبنِ في الأرض شيئاً ولم يغرس فيها، ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لأنه ملكه فملك نقله. ويلزمه تسوية الحفر، ذكره القاضي، لأن المستعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه، ويحتمل أن عليه تسوية الحفر لأن القلع باختياره فإنه لو امتنع منه لم يجبر عليه. فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعرها. وإن أبى القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائماً ليأخذه المعير أجبر المستعير عليه. لأنه رجوع في العارية من غير إضرار، وإن قال المستعير: أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يكن له. لأن الغراس تابع والأرض أصل. ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع

ولا تتبعها وبهذا كله قال الشافعي. وقال أبو حنيفة ومالك: يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لأن المعير لم يعره. فكان عليه القلع كما لو شرط عليه.

ولنا: إنه بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يعره ممنوع فإن الغراس والبناء يراد للتبقية وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له: لا تغرس بعد هذه المدة. فإن امتنع المعير من دفع القيمة وأرش النقص وامتنع المستعير عن القلع ودفع الأجرة لم يقلع. لأن الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان. والإذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضا بالإبقاء. وقول النبي ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق، فعند ذلك إن اتفقا على البيع بيعت الأرض بغراسها ودفع إلى كل واحد منهما قدر حقه، فيقال: كم قيمة الأرض غير مغروسة ولا مبنية، فإذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مغروسة ومبنية؟ فإن قالوا خمسة عشر قلنا فللمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه وإن امتنعا عن البيع بقيا على حالهما وللمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينتفع بهما: وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول إلا لحاجة مثل السقي وإصلاح الثمرة: لأن الإذن في الغراس إذن فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره وسقيه وليس له دخولها للتفرج لأنه قد رجع في الإذن له. ولكل واحد منهما بيع ما يختص به من الملك منفرداً فيكون للمشتري مثل ما كان لبائعه. وقال بعض أصحاب الشافعي: ليس للمستعير بيع الشجر. لأن ملكه فيه غير مستقر، بدليل أن للمعير أخذه متى شاء بقيمته. قلنا: عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول، وفي جميع هذه المسائل متى كان المعير شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك لأن المسلمين على شروطهم، ولأن العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد. لأن المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع. وليس على صاحب الأرض ضمان نقصه. ولا نعلم في هذا خلافاً، وأما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع. ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيما إذا استعار أرضاً للزرع فزرعها ثم رجع المعير فيها قبل كمال الزرع. فإن عليه أجر مثله من حين رجع المعير. لأن الأصل جواز الرجوع. وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الأجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا الوجود هذا المعنى فيه. ويحتمل أن لا يجب الأجر في شيء من المواضع. لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والإعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض.

فصل: وإذا استعار دابة ليركبها جاز. لأن إجارتها لذلك جائزة والإعارة أوسع لجوازها فيما لا تجوز إجارته. مثل إعارة الكلب للصيد. فإن استعارها إلى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه الأجرة للزيادة خاصة. فإذا استعارها إلى طبرية فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة وإن اختلفا فقال المالك أعرتكها إلى طبرية، وقال المستعير: أعرتنيها إلى

القدس. فالقول قول المالك وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي. وقال مالك: إن كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان.

ولنا: إن المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي ﷺ: «لكن اليمين على المدعى عليه».

فصل: ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فلمالكه أجر مثله يطالب به من شاء منهما. فإن ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم. لأنه غره بذلك وغرمه. لأنه دخل على أن لا أجر له. وإن رجع على المعير لم يرجع على أحد فإن الضمان استقر عليه. قال أحمد في قصار دفع ثوباً إلى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس. وإن تلف فالقيمة تستقر على المستعير. لأنه دخل على العين أن مضمونة عليه. فإن ضمن المعير رجع على المستعير وإن ضمن المستعير لم يرجع على أحد. لأن الضمان استقر عليه. وإن نقصت العين بالاستعمال انبنى على ضمان النقص فإن قلنا هو على المستعير فحكمه حكم القيمة. وإن قلنا هو على المعير فهو كالأجر على ما بيناه.

فصل: وإذا حمل السيل بذر رجل من أرضه إلى أرض غيره فنبت فيها لم يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين: يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به: لأن ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه. فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره.

ولنا: إن قلعه إتلاف للمال على ملكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها. فإننا لا نجبره على قتلها. ويفارق أغصان الشجرة فإنه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدي أجره.

إذا ثبت هذا: فإنه يقر في الأرض إلى حين حصاده بأجر مثله وقال القاضي: ليس عليه أجر. لأنه حصل في أرض غيره بغير تفريطه. فأشبه ما لو باتت دابته في أرض إنسان بغير تفريطه. وهذا بعيد. لأن إلزامه تبقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع إضرار به وشغل لملكه بغير اختياره من غير عوض فلم يجز، كما لو أراد إبقاء بهيمته في دار غيره عاماً، ويفارق مبيتها. لأن ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها: فإذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسألتنا، ويكون الزرع لمالك البذر. لأنه من عين ماله، ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم الزرع الغاصب على ما سنذكره. لأنه حصل في أرضه بغير إذنه. فأشبه ما لو زرعه مالكه. والأول أولى لأن هذا بغير عدوان. وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الأجر إليه، وإن أحب مالكه قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الأرض. لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبه المستعير، وأما إن كان السيل حمل نوى فنبت شجراً في أرض غيره كالزيتون والنخيل ونحوه فهو لمالك النوى لأنه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ها هنا لأن ضرره يدوم فأجبر على إزالته كأغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك

غير مالكها، وإن حمل السيل أرضاً بشجرها فنبتت في أرض آخر كما كانت فهي لمالكها يجبر على إزالتها كما ذكرنا وفي كل ذلك إذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل إليها لم يلزمه نقله ولا أجر. ولا غير ذلك. لأنه حصل بغير تفريغه ولا عدوانه، وكانت الخيرة إلى صاحب الأرض المشغولة به إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه.

فصل: وإذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب: هي عارية وقال المالك: بل اكتريتها فإن كانت الدابة باقية لم يخل من أن يكون الاختلاف عقيب العقد أو بعد مضي مدة لمثلها أجر فإن كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لأن الأصل عدم عقد الإجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة إلى مالكها لأنها عارية. وكذلك إن ادعى المالك أنها عارية وقال الراكب: بل اكتريتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا، وإن كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجر فادعى المالك الإجارة فالقول قوله مع يمينه، وحكي ذلك عن مالك وقال أصحاب الرأي: القول قول الراكب، وهو منصوص الشافعي، لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والأصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه. فكان القول قوله.

ولنا: إنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب. فكان القول قول المالك كما لو اختلفا في عين فقال المالك: بعتكها وقال الآخر وهبتنيها، ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الأعيان كان القول قول المالك كذا ها هنا. وما ذكروه يبطل بهذه المسألة. ولأنهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل إلى الراكب إلا بنقل المالك لها. فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كالأعيان فيحلف المالك ويستحق الأجر وفي قدره وجهان:

أحدهما: أجر المثل، لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل، فمع الاختلاف في أصله أولى.

والثاني: المسمى. لأنه وجب بقول المالك ويمينه، فوجب ما حلف عليه كالأصل، وإن كان اختلافهما في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها. والقول قول المستعير فيما بقي لأن ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد وإن ادعى المالك هذه الصورة أنها عارية وادعى الراكب أنها بأجر فالراكب يدعي استحقاق المنافع ويعترف بالأجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله. فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته. وإن اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمة قبل مضي مدة لمثلها أجر فالقول قول المالك، سواء ادعى الإجارة أو الإعارة لأنه إن ادعى الإجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل إقراره على نفسه. وإن ادعى الإعارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله. لأنهما اختلفا في صفة القبض. والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فإذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لأنه ينكر الزيادة المختلف فيها والأصل عدمها، وإن اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لمثلها أجر وتلف البهيمة وكان الأجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه

المالك منها أقل مما يعترف بـه الراكب فـالقول قـول المالـك بغير يمـين. سواء ادعى الإجـارة أو الإعارة. إذ لا فائـدة في اليمين عـلى شيء يعترف لـه به. ويحتمـل أن لا يأخـذه إلا بيمين لأنـه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعـترف له الـراكب بما يـدعيه فيحلف عـلى ما يـدعيه، وإن كـان ما يدعيه المالك أكثر، مثل إن كانت قيمة البهيمة أكثر من أجرها فادعى المالـك أنها عاريـة لتجب لـه القيمة وأنكـر استحقاق الأجرة وادعى الراكب أنها مكـتراة أو كان الكـراء أكثر من قيمتهـا فادعى المالـك أنه أجـرها ليجب لـه الكراء وادعى الـراكب أنها عاريـة فالقـول قول المـالك في الصورتين لما قدمنا. فإذا حلف استحق ما حلف عليه، ومـذهب الشافعي في هـذا كله نحو مـا ذكرنا.

فصل: وإن قال المالك غصبتها وقال الراكب: بل أعرتنيها. فإن كان الاختـلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم يتلف منها شيء فلا معنى للاختلاف. ويأخذ المالـك بهيمته. وكـذلك إن كانت الدابة تالفة: لأن القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغـاصب، وإن كان الاختـلاف بعـد مضي مدة لمثلهـا أجر فـالاختلاف في وجـوبه: والقـول قول المـالـك، وهـذا ظـاهـر قـول الشافعي، ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب، لأن المالك يدعي عليه عوضاً الأصل بـراءة ذمته منه، ولأن الظاهر من اليد أنها بحق فكان القول قول صاحبها.

ولنا: ما قدمنا في الفصـل الذي قبـل هذا بـل هذا أولى. لأنهما ثم اتفقـا على أن المنـافع ملك للراكب. وها هنا لم يتفقا على ذلك فإن المالك ينكر انتقال الملك فيها إلى الراكب والراكب يـدعيه. والقـول قول المنكـر. لأن الأصل عـدم الانتقـال فيحلف ويستحق الأجـر، وإن قـال المالك: غصبتها وقال الراكب أجرتنيها فالاختلاف ها هنا في وجوب القيمة: لأن الأجر يجب في الموضعين إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل والقول قول المالك مع يمينه. فإن كانت الدابة تـالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وإن كانت قد بقيت مـدة لمثلها أجـر والمسمى بقدر أجـر المثل أخـذه المالـك لاتفاقهـما على استحقـاقه. وكـذلك إن كـان أجر المثـل دون المسمى وفي اليمين وجهان. وإن كان زائداً على المسمى لم يستحقه إلا بيمين وجهاً واحداً.

كتاب الغصب

الغصب: هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨]. وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾ [المائدة: ٣٨]. والسرقة نوع من الغصب.

وأما السنة: فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره. وعن سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه. وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه» رواه أبو إسحاق الجوزجاني. وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة، وإنما اختلفوا في فروع منه.

إذا ثبت هذا فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف نعلمه. لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن حق المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته ولا يتحقق ذلك إلا برده. فإن تلف في يده لزمه بدله. لقول الله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]. ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فإن كان مما تتماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته كالحبوب والأدهان وجب مثله. لأن المثل أقرب إليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدماً كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الإدراك بالسماع، والقياس طريقه الظن والاجتهاد وإن كان غير

متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة. وحكي عن العنبري يجب في كل شيء مثله. لما روت جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «ما رأيت صانعاً مثل حفصة، صنعت طعاماً فبعثت به إلى النبي ﷺ فأخذني الأفكل[1]. فكسرت الإناء فقلت: يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال: إناء مثل الإناء، وطعام مثل الطعام؟ رواه أبو داود»، وعن أنس «أن إحدى نساء النبي ﷺ كسرت قصعة الأخرى. فدفع النبي ﷺ قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته» رواه أبو داود مطولاً، ورواه الترمذي ونحوه وقال حديث حسن صحيح. ولأن النبي ﷺ استسلف بعيراً ورد مثله.

ولنا: ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة العدل» متفق عليه. فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل. ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتتباين صفاتها. فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى. وأما الخبر فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضى بذلك.

فصل: وما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالدراهم والدنانير والحبوب والأدهان ضمن بمثله بغير خلاف. قال ابن عبد البر: كل مطعوم من مأكول أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته. وأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام أحمد: أنه يضمن بمثله أيضاً، فإنه قال في رواية حرب وإبراهيم بن هانيء: ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة، فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزون إلا أن يكون مما فيه صناعة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص من الأواني والآلات ونحوها. والحلي من الذهب والفضة وشبهه، والمنسوج من الحرير والكتان والقطن والصوف والشعر والمغزول من ذلك فإنه يضمن بقيمته. لأن الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر، فأشبه غير المكيل والموزون. وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الأثمان والعنب والرطب والكمثرى يضمن بقيمته، وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا، وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا، ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها، وفيه إتلاف، فعلى هذا إن كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد، فإن كانت من غير جنسه وجبت بكل حال، وإن كانت من جنسه فكانت موزونة وجبت قيمته وإن كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لئلا يؤدي إلى الربا وقال القاضي: إن كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لأن ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الحلي وجب أرش كسره ويخالف البيع، لأن الصناعة لا يقابلها العوض في العقود، ويقابلها في الإتلاف، ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها بالإتلاف. قال بعض أصحاب الشافعي: هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الأول، وهو الذي ذكره أبو

---

(١) الأفكل: الرعدة.

الخطاب لأن القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع وكالنقص، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور: إذا كسر الحلي يصلحه أحب إلي. قال القاضي: وهذا محمول على أنهما تراضيا بذلك» لا أنه على طريق الوجوب، وهذا فيما إذا كانت الصناعة مباحة، فإن كانت محرمة كالأواني وحلي الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه، وجهاً واحداً، لأن الصناعة لا قيمة لها شرعاً فهي كالمعدومة.

مسألة: قال: (ومن غصب أرضاً فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها إلى وقت تسليمها، ومقدار نقصانها إن كان نقصها الغرس).

الكلام في هذه المسألة في فصول:

أحدها: أنه يتصور غصب العقار من الأراضي والدور ويجب ضمانها على غاصبها، هذا ظاهر مذهب أحمد، وهو المنصوص عن أصحابه، وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن. وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض، وإن كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء، وظاهر هذا أنها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب، وإن أتلفها ضمنها بالإتلاف، لأنه لا يوجد فيها النقل والتحريم فلم يضمنها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع، لأن الغصب إثبات اليد على المال عدواناً على وجه تزول به يد المالك، ولا يمكن ذلك في العقار.

ولنا: قول النبي ﷺ: «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» رواه البخاري عن عائشة. وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فأخبر النبي ﷺ أنه يغصب ويظلم فيه، ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول، ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها، فأشبه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين متاعه فما استولى على ماله فنظيره ها هنا أن يحبس المالك ولا يستولي على داره، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو سبب فعله كهدم حيطانها وتغريقها وكشط ترابها وإلقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغرسه أو بنائه فيضمنه بغير اختلاف في المذهب، ولا بين العلماء، لأن هذا إتلاف والعقار يضمن بالإتلاف من غير اختلاف. ولا يحصل الغصب من غير استيلاء. فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بإذنه أو غير إذنه، وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال بعض أصحاب الشافعي: إن دخلها بغير إذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها، سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أذن له في دخولها لأن يد الداخل ثبتت عليها بذلك فيصير غاصباً، فإن الغصب إثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده، بدليل أنهما لو تنازعا في الدار ولا بينة لهما حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها.

ولنا: إنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بإذنه أو دخل صحراءه، ولأنه إنما

يضمن بـالغصب ما يضمنـه في العاريـة، وهذا لا تثبت بـه العاريـة، ولا يجب به الضـمان فيها فكذلك لا يثبت به العصب إذا كان بغير إذن.

الفصل الثاني: أنه إذا غرس في أرض غيره بغير إذنـه أو بنى فيها فـطلب صاحب الأرض قلع غـراسه أو بنـائه لـزم الغاصب ذلـك، ولا نعلم فيه خـلافـاً، لمـا روى سعيـد بن زيـد بن عمرو بن نفيل أن النبي ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق» رواه أبو داود والترمذي. وقال حديث حسن. وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال: «فلقد أخبرني الذي حدثني هـذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار من بني بياضة فاختصما إلى النبي ﷺ، فقضى للرجل بأرضه، وقضى للآخر أن ينزع نخله قال: فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالفؤوس، وإنها لنخل عم[1]»، ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير إذنـه فلزمه تفـريغه كـما لو جعل فيه قماشاً. وإذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليـه لأنه ضرر حصـل بفعله في ملك غيره فلزمته إزالته. وإن أراد صاحب الأرض أخـذ الشجر والبنـاء بغير عـوض لم يكن له ذلك، لأنه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً. وإن طلب أخذه بقيمته وأبى مالكه إلا القلع فله القلع، لأنه ملكه فملك نقله ولا يجـبر على أخذ القيمة، لأنها معاوضة فلم يجبر عليهـا وإن اتفق على تعـويضه عنـه بالقيمـة أو غيرهـا جـاز. لأن الحق لهما فجـاز ما اتفقـا عليه. وإن وهب الغـاصب الغراس والبنـاء لمالـك الأرض ليتخلص من قلعه وقبله المالك جاز، وإن أبى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم، وإن لم يكن في قلعه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله، لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت، ويحتمل أن لا يجبر لأن فيه إجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وإن غصب أرضاً وغراساً من رجل واحد فغرسه فيه فالكل لمالك الأرض، فإن طالبه المالك بقلعه وفي قلعه غرض أجبر على قلعه، لأنه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالأرض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس لما ذكرنا. وإن لم يكن في قلعه غرض لم يجبر على قلعه، لأنه سفه فلا يجبر على السفه وقيل: يجبر لأن المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم، فإن أراد الغاصب قلعه ومنعه الحاكم لم يملك قلعه، لأن الجميع ملك للمغصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه.

فصل: والحكم فيما إذا بنى في الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه إلا أنه يتخرج أنه إذا بذل مالك الأرض القيمـة لصاحب البنـاء أجبر عـلى قبولهـا إذا لم يكن في النقض غرض صحيح لأن النقض سفه. والأول أصح. لما روى الخلال بـإسناده عن الـزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ: «من بنى في ربـاع قوم بـإذنهم فله القيمة. ومن بنى بغـير إذنهم فله النقض» ولأن ذلك معـاوضة فـلا يجبر عليهـا. وإذا كـانت الآلـة من تـراب الأرض وأحجارها فليس للغاصب النقض على ما ذكرنا في الغرس.

---

(١) بضم العين أي طوال.

فصل: وإن غصب داراً فجصصها وزوقها وطالبه ربها بإزالته وفي إزالته غرض لزمه إزالته وأرش نقصها إن نقصت. وإن لم يكن فيه غرض فوهبه الغاصب لمالكها أجبر على قبوله. لأن ذلك صفة في الدار. فأشبه قصارة الثوب ويحتمل أن لا يجبر لأنها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش. وإن طلب الغاصب قلعه ومنعه المالك. وكان له قيمة بعد الكشط فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وإن لم يكن له قيمة ففيه وجهان:

أحدهما: يملك قلعه. لأنه عين ماله.

والثاني: لا يملك. لأنه سفه يضر ولا ينفع. فلم يجبر عليه وإن بذل المالك له قيمته ليتركه.

فصل: وإن غصب أرضاً وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان إن طلبه المالك. وكان فيه غرض صحيح. وإن لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه يحتمل وجهين وإن منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من إزالة ضرر، أو ضمان. فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وإن أخذ تراب أرض فضرب به لبناء رد، ولا شيء له إلا أن يكون قد جعل فيه تبناً له فيكون له أن يحله ويأخذ تبنه. وإن كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان، بناء على كشط التزويق إذا لم يكن له قيمة وإن طالبه المالك بحله لزمه إذا كان فيه غرض وإن لم يكن فيه غرض فعلى وجهين وإن جعله آخراً أو فخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله. وليس له كسره ولا للمالك إجباره عليه. لأن ذلك سفه لا يفيد وإتلاف للمال وإضاعة له. وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال.

فصل: وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك لأنه يضر بالأرض. ولأن التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض، وكذلك إن حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في ملك رجل بغير إذنه، وإن أراد الغاصب طمها فمنعه المالك نظرنا. فإن كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفريغه فله الرد لما فيه من الغرض. وبهذا قال الشافعي، وإن لم يكن له غرض في طم البئر، مثل أن يكون قد وضع التراب فيملك المغصوب منه مما حفر وأذن فيه. لم يكن له طمها في أحد الوجهين. لأنه إتلاف لا نفع فيه. فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم أراد جعلها نقرة. وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية، وقال بعضهم: له طمها، وهو الوجه الثاني لنا. لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لأنه إبراء مما لا يجب بعد. وهو أيضاً إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها.

ولنا: أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي. فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي. فزال الضمان. وليس هذا إبراء مما لم يجب وإنما هو إسقاط التعدي برضائه به. وهكذا ينبغي أن يكون إذا لم يتلفظ بالإبراء. ولكن منعه من طمها لأنه يتضمن رضاه بذلك.

الفصل الثالث: أن على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها وهكذا كل ما له أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت. لأنها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وإن غصب أرضاً فبناها داراً فإن كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الأرض دون بنائها لأنه إنما غصب الأرض والبناء له. فلم يلزمه أجر ماله، وإن بناها بتراب منها وآلات للمغصوب منه فعليه أجرها مبنية. لأن الدار كلها ملك للمغصوب منه وإنما للغاصب فيها أثر الفعل فلا يكون في مقابلته أجر لأنه وقع عدواناً، وإن غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه أجر دار إلى حين نقضها وأجرها مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها. لأن البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفها، وإن نقضها ثم بناها بآلة من عنده، فالحكم فيها كذلك. وإن بناها بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك المغصوب منه فعليه أجرها عرصة منذ نقضها إلى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لأن البناء للمالك وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها وإن كان الغاصب باعها فبناها المشتري أو نقضها ثم بناها فالحكم لا يختلف لكن للمالك مطالبة من شاء منهما والرجوع عليه. فإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما تلف من الأعيان. لأن المشتري دخل على أنه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه. وإن رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب بنقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف. وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالأجر؟ على روايتين. وليس له مطالبة المشتري بشيء من الأجر إلا بأجر مدة مقامها في يديه لأن يده إنما ثبتت عليها حينئذ.

الفصل الرابع: أن على الغاصب ضمان نقص الأرض إن كان نقصها الغرس أو نقصت بغيره وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها إذا كانت نقصاً مستقراً كثوب تخرق وإناء تكسر وطعام سوس وبناء خرب ونحوه فإنه يردها وأرش النقص لأنه نقص حصل في يد الغاصب فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً قليلاً أخذ رأشه وإن كان كثيراً فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين إمساكه وأخذ أرشه، وقد روي عن أحمد كلام يحتمل هذا فإنه قال في رواية موسى بن سعيد في الثوب إن شاء شق الثوب وإن شاء مثله يعني ـ والله أعلم ـ إن شاء أخذ أرش الشق ووجهه أن هذه جناية أتلفت معظم منفعته فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له، وحكى أصحاب مالك عنه أنه إذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار إن شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي ينبني على ذلك لأنه أتلف غرضه به فإنه لا يركبه في العادة وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أتلف جميعها.

ولنا: إنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولأنها جناية تنقص بها القيمة فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة تلف

جميعها لأن الاعتبار في الإتلاف بالمجني عليه لا بغرض صاحبه لأن هـذا إن لم يصلح لهذا صلح لغيره.

فصل: وقدر الأرش قدر نقص القيمة في جميع الأعيان وبهذا قال الشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها فإنه قال في رواية أبي الحارث في رجل فقأ عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها قيل له فقأ العينين؟ فقال: إذا كانت واحدة فقال عمر: ربع القيمة وأما العينان فما سمعت فيهما شيئاً، قيل له فإن كان بعيراً أو بقرة أو شـاة فقال هـذا غير الـدابة هـذا ينتفع بلحمه ننظر ما نقصها وهذا يـدل على أن أحمـد إنما أوجب مقـدراً في العين الـواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصـة للأثـر الوارد فيـه وما عـدا هذا يـرجع إلى القيـاس، واحتج أصحابنـا لهذه الـرواية بما روى زيد بن ثـابت أن النبي ﷺ قضى في عين الـدابة بـربع قيمتهـا، وقد روي عن عمـر رضي الله عنه أنـه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسـألـه عن عـين الدابة: إنا كنا ننزلها منزلة الآدمي. إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربـع الثمن. وهذا إجمـاع يقدم على القياس. ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسـائل وقـال أبو حنيفـة: إذا قلع عين بهيمـة تنتفع بها من وجهين كالدابة والبعـير والبقرة، وجب نصف قيمتهـا وفي إحداهمـا ربع قيمتهـا. لقول عمر رضي الله عنه أجمع رأينا على أن قيمتهـا ربع الثمن، وروي عن أحمـد في العبد: أنـه يضمن في الغصب بما يضمن به في الجنـاية. ففي يـده نصف قيمته وفي مـوضحتـه نصف عشر قيمته وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، لأنه ضمان لأبعاض العبد، فكان مقـدراً من قيمته، كأرش الجناية.

ولنا: إنه ضمان مال من غير جناية، فكان الـواجب ما نقص كـالثوب وذلـك لأن القصد بالضمان جبر حق المالـك بإيجـاب قدر المفـوت عليه. وقـدر النقص هو الجـابر. ولأنـه لو فـات الجميع لوجبت قيمته. فإذا فـات منه شيء وجب قـدره من القيمة كغـير الحيوان، وأمـا حديث زيد بن ثابت فلا أصل له، ولو كان صحيحاً لما احتج أحمـد وغيره بحـديث عمر وتـركوه. فـإن قول النبي ﷺ أحق أن يحتج به، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلـك كان قـدر نقصها، كـما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين دينـاراً، ولو كـان تقديـراً لوجب في العـين نصف القيمـة كعين الآدمي وأمـا ضمان الجنـاية عـلى أطراف العبـد فمعدول بـه عن القياس لـلإلحاق بالجناية على الحر، والواجب ها هنا ضمان اليد، ولا تثبت اليد على الحر. فوجب البقاء فيه عـلى مـوجب الأصل وإلحـاقه بسـائر الأمـوال المغصوبـة وقول أبي حنيفـة: إن هذا في بهيمـة الأنعام والدابة لا يصح. لأن هذا القول مبني على قـول عمر وقـول عمر إنمـا هو في الـدابة والـدابة في العرف، ما يعد للركوب دون بهيمة الأنعام.

فصل: وإن غصب عبداً فجنى عليه جناية مقدرة الدية، فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية الواجب أرش الجناية كما لـو جنى عليه من غـير غصب فنقصته الجنـاية أقـل من ذلك أو أكثر، وإن قلنا: ضمان الغصب غير ضمان الجنايـة وهو الصحيـح فعليه أكـثر الأمرين من أرش

النقص، أو دية ذلك العضو لأن ضمان كل واحد منهما وجب فوجب أكثرهما، ودخل الآخر فيه. فإن الجناية واليد وجدا جميعاً، فإن غصب عبداً يساوي ألفاً. فزادت قيمته فصار يساوي ألفين، ثم قطع يده فنقص ألفاً لزمه ألف ورد العبد، لأن سبب زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه، وإن نقص ألفاً وخمسمائة، وقلنا الواجب ما نقص فعليه ألف وخمسمائة، ويرد العبد. وإن قلنا ضمان الجناية فعليه ألف ورد العبد فحسب. وإن نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة؟ على وجهين.

فصل: وإن غصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء، لأن الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص في يده، فإن ضمن الجاني فله تضمينه نصف قيمته لا غير. ولا يرجع على أحد لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف، ولا يرجع على أحد، وإن قلنا إن ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ها هنا شيئاً، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا: إن ضمان الغاصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني. لأن التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وإن قلنا: إن ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين. لأن ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه، ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة، لأنها أرش جناية فلا يجب عليه أكثر منها.

فصل: وإن غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو خصييه لزمته قيمته كلها، ورد العبد. نص عليه أحمد وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة والثوري: يخير المالك بين أن يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني، لأنه ضمان مال، فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الأموال.

ولنا: إن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه. ولأن المضمون هو المفوت، فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسع أصابع. وبهذا ينفصل عما ذكروه فإن الضمان في مقابلة المتلف لا في مقابلة الجملة، فأما إن ذهبت هذه الأعضاء بغير جناية فهل يضمنها ضمان الإتلاف أو بما نقص؟ على روايتين سبق ذكرهما.

فصل: وإن جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب لأنه نقص في العبد الجاني لكون أرش الجناية يتعلق برقبته، فكان مضموناً على الغاصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال، ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد، وإن جنى على سيده، فجنايته مضمونة على الغاصب أيضاً. لأنها من جملة جناياته، فكان مضموناً على الغاصب كالجناية على الأجنبي.

فصل: إذا نقصت عين المغصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الذاهب جزءاً مقدر البدل كعبد خصاه وزيت أغلاه، ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها، فإنه يجب ضمان النقص فيضمن نقص العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلهما مع رد الباقي منهما لأن الناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجميع.

الثاني: أن لا يكون مقدراً مثل ان غصب عبداً ذا سمن مفرط فخف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لأن الشرع إنما أوجب في هذا ما نقص من القيمة، ولم يقدر بدله، ولم تنقص القيمة. فلم يجب شيء، بخلاف الصورة الأولى. فإن الذاهب مقدر البدل فلم يسقط بدله.

الثالث: أن يكون النقص في مقدر البدل، لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة كعصير أغلاه فذهبت مائيته، وانعقدت أجزاؤه، فنقصت عينه دون قيمته ففيه وجهان:

أحدهما: لا شيء عليه سوى رده. لأن النار إنما أذهبت مائيته التي يقصد ذهابها، ولهذا تزداد حلاوته وتكثر قيمته، فلم يجب ضمانها، كسمن العبد الذي ينقص قيمته.

والثاني: يجب ضمانه. لأنه مقدر البدل. فأشبه الزيت إذا أغلاه، وإن نقصت العين والقيمة جميعاً. وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً. لأن كل واحد منهما مضمون منفرداً، فكذلك إذا اجتمعا. وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم، فأغلاه فنقص ثلثه، فصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم، وإن كانت قيمة الباقي ثلثي درهم: فليس عليه أكثر من ثلث رطل. لأن قيمة الباقي لم تنقص، وإن خصي العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصييه. لأن ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه. وهل يجب في العصير ما نقص من القيمة أو يكون كالزيت؟ على وجهين.

فصل: وإن غصب عبداً فسمن سمناً نقصت به قيمته. أو كان شاباً فصار شيخاً، أو كانت الجارية ناهداً فسقط ثدياها وجب أرش النقص. لا نعلم فيه خلافاً. فإن كان العبد أمرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته. وجب ضمان نقصه. وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لا يجب ضمانه لأن الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً، فأشبه الصناعة المحرمة.

ولنا: إنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه كبقية الصور.

فصل: وإن نقص المغصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده، أو عفن وخشي تلفه فعليه ضمان نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر: إنه لا يضمن نقصه وقال القاضي: لا يلزمه بدل لأنه لا يعلم قدر نقصه، وكلما نقص شيئاً ضمنه لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب، فكان كالموجود في يده. وقال أبو الخطاب: يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه. وقال أبو حنيفة: يتخير بين إمساكه

ولا شيء له، أو تسليمه إلى الغاصب. ويأخذ من قيمته لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بقفيز رديء ودرهم.

ولنا: إن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبداً فمرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن. وقال: لا يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد منه لأنه ليس من فعله، وهذا الفرق لا يصح. لأن البلل قد يكون من غير فعله أيضاً، وقد يكون العفن بسبب منه، ثم إن ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده، فلا فرق. وقول أبي حنيفة لا يصح لأن هذا الطعام عين ماله وليس ببدل عنه. وقول أبي الخطاب لا بأس به.

مسألة: قال: (وإن كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الأرض وعليه النفقة، وإن استحقت بعد أخذ الغاصب الزرع فعليه أجرة الأرض).

قوله: فأدركها ربها يعني استرجعها من الغاصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحقت يعني أخذها مستحقها فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فإنه للغاصب لا نعلم فيه خلافاً وذلك لأنه نماء ماله وعليه الأجرة إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضاً لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه، فأما إن أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجر الأرض وأرش نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له وبهذا قال أبو عبيد، وقال أكثر الفقهاء يملك إجبار الغاصب على قلعه، والحكم فيه كالغرس سواء لقوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق» ولأنه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الغراس.

ولنا: ما روى رافع بن خديج قال قال رسول الله ﷺ: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن. فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على قلعه. لأنه ملك للمغصوب منه وروي أن النبي ﷺ رأى زرعاً في أرض ظهير فأعجبه فقال: «ما أحسن زرع ظهير» فقال: إنه ليس لظهير ولكنه لفلان قال: «فخذوا زرعكم وردوا عليه نفقته» قال رافع فأخذنا زرعنا ورددنا عليه نفقته ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز إتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحاً فرقع به سفينة فإنه لا يجبر على رد المغصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة للمال عن التلف كذا ها هنا ولأنه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة، وفارق الشجر والنخل لأن مدته تتطاول ولا يعلم متى ينقلع من الأرض فانتظاره يؤدي إلى ترك رد الأصل بالكلية وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك أولى من إبطال أحدهما. إذا ثبت هذا: فمتى رضي المالك بترك

الزرع للغاصب ويأخذ منه أجر الأرض فله ذلك لأنه شغل المغصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك في الدار طعاماً أو أحجاراً يحتاج في نقله إلى مدة، وإن أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان:

إحداهما: فيه الزرع لأنه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك له منه بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكاً ولو لم يكن ملكاً له لما ملكه بأخذه فيكون أخذ المالك له تملكاً إلا أن يعوضه فيجب أن يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع ويجب على الغاصب أجر الأرض إلى حين تسليم الزرع لأن الزرع كان محكوماً له به وقد شغل به أرض غيره.

والرواية الثانية: أنه يرد على الغاصب ما أنفق من البذرة ومؤنة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام: «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسألة فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس فإن القياس أن الزرع لصاحب البذرة لأنه نماء عين ماله فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضاً له أو طعاماً فعلفه دواب له كان الماء له وقد صرح به أحمد فقال: هذا شيء لا يوافق القياس استحسن أن يدفع إليه نفقته للأثر ولذلك جعلناه للغاصب إذا استحقت الأرض بعد أخذ الغاصب له وإذا كان العمل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله.

فصل: فإن كان الزرع مما يبقى أصوله في الأرض ويجز مرة بعد أخرى كالرطبة والنعناع احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لأنه ليس له فرع قوي فأشبه الحنطة والشعير واحتمل أن يكون حكمه حكم الغرس لبقاء أصوله وتكرر أخذه ولأن القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس.

فصل: وإن غصب أرضاً فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها فهي له وإن أدركها والثمرة فيها فكذلك لأنها ثمرة شجره فكانت له كما لو كانت في أرضه ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة وولدها، وقال القاضي: «هي لمالك الأرض إن أدركها في الغراس لأن أحمد قال في رواية علي بن سعيد: «إذا غصب أرضاً فغرسها فالنماء لمالك الأرض» قال القاضي وعليه من النفقة ما أنفقه الغارس من مؤنة الثمرة لأن الثمرة معنى الزرع فكان لصاحب الأرض إذا أدركه قائماً فيها كالزرع، والأول أصح لأن أحمد قد صرح بأن أخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس وإنما صار إليه للأثر فيختص الحكم به ولا يعدى إلى غيره ولأن الثمرة تفارق الزرع من وجهين:

أحدهما: أن الزرع نماء الأرض فكان لصاحبها والثمرة نماء الشجر فكان لصاحبه.

الثاني: أنه يرد عوض الزرع الذي أخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما أنفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر.

فصل: وإن غصب شجراً فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف نعلمه لأنه نماء ملكه ولأن الشجر عين ملكه نمى وزاد فأشبه ما لو طالت أغصانه، وعليه رد الثمر إن كان باقياً وإن كان تالفاً فعليه بدله وإن كان رطباً فصار تمراً أو عنباً فصار زبيباً فعليه رده وأرش نقصه إن نقص وليس له شيء بعمله فيه وليس للشجر أجرة لأن أجرتها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولأن نفع الشجر تربية الثمر وإخراجه وقد عادت هذه المنافع إلى المالك ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها إن ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لأنه من ذوات الأمثال ويضمن أوبارها وأشعارها بمثله كالقطن.

فصل: وإذا غصب أرضاً فحكمها في جواز دخول غيره إليها حكمها قبل الغصب فإن كان محوطة كالدار والبستان المحوط لم يجز لغير مالكها دخولها لأن ملك مالكها لم يزل عنها فلم يجز دخولها بغير إذنه كما لو كانت في يده قال أحمد: «في الضيعة تصير غيضة فيها سمك لا يصيد فيها أحد إلا بإذنهم وإن كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها. قال أحمد: لا بأس برعي الكلأ في الأرض المغصوبة وذلك لأن الكلأ لا يملك بملك الأرض، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى قياساً لها عليها ونقل عنه المروذي في رجل والداه في دار طوابيقها غصب لا يدخل على والديه وذلك لأن دخوله عليهما تصرف في الطوابيق المغصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له إخوة في أرض غصب يزورهم ويراودهم على الخروج فإن أجابوه وإلا لم يقم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل إليهم، ونقل المروذي عنه أكره المشي على العبارة[1] التي يجري فيها الماء وذلك لأن العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشي عليها وربما كان المشي عليها يضر بها، وقال أحمد: لا يدفن في الأرض المغصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير إذنهم، وقال أحمد، فيمن ابتاع طعاماً من موضع غصب ثم علم رجع إلى الموضع الذي أخذه منه فرده وروي عنه أنه قال: يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لأن قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرماً ولأن الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع القعود وقال: لا يبتاع من الخانات التي في الطرق إلا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بنى داراً وجمع الناس إليها أكره الشراء منها وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الإعانة على الفعل المحرم، والظاهر صحة البيع لأنه إذا صحت الصلاة في الدار المغصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى، وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكها والغاصب الأول وإن مات بعضهم جمع ورثته إنما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الغاصب

---

(١) بتشديد الباء.

الأول لأنه ربما طالب بها وادعاها ملكاً باليد وإلا فالواجب ردها على مالكهـا وقد صرح بهـذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلاً ألفاً فجاء رجل إلى المستودع فقال: إن فلاناً غصبني الألف الذي استودعكه وصح ذلك عند المستودع فإن لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه إليه.

مسألة: قال: (ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مـائة فـزاد في بدنـه أو بتعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصـان بدنـه أو نسيان مـا علم حتى صارت قيمتـه مائـة أخذه السيد وأخذ من الغاصب مائة).

وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليـه عوض الـزيادة إلا أن يـطالب بردها زائدة فلا يردها لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها.

ولنا: إنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبـه بردهـا فلم يفعل، وفارق زيادة السعر فإنها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طولب برد العين وهي موجودة فلم يردها وأجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين لأنها صفـة تتبع العـين وأجرينـا الزيـادة الحادثـة في يد الغـاصب مجرى الـزيادة المـوجودة حـال الغصب لأنها زيادة في العـين المملوكة للمغصـوب منه فتكون مملوكة له أيضاً لأنها تابعة للعين، فأمـا إن غصب العين سمينـة أو ذات صناعـة أو تعلم القـرآن ونحوه فهـزلت ونسيت فنقصت قيمتها فعليـه ضمان نقصهـا لا نعلم فيه خـلافـاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً أثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو أذهب عضواً من أعضائها.

فصل: إذا غصبها وقيمتها مائـة فسمنت فبلغت قيمتها ألفـاً ثم تعلمت صناعـة فبلغت ألفين ثم هزلت ونسيت فعادت قيمتها إلى مائة ردها ورد ألفاً وتسعـمائة وإن بلغت بـالسمن ألفاً ثم هزلت فبلغت مائة ثم تعلمت فبلغت ألفاً ثـم نسيت فعادت إلى مائة ردها ورد ألفـاً وثمانمـائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة، وإن سمنت فبلغت ألفـاً ثم هزلت فعـادت إلى مـائة ثم تعلمت فعـادت إلى ألف ردها وتسعـمائة لأن زوال الـزيـادة الأولى أوجب الضـمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا ينجبر ملك الإنسان بملكه، وأمـا إذا بلغت بالسمن ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم سمنت فعادت إلى ألف ففيه وجهان:

أحدهما: يـردها زائـدة ويضمن نقص الزيـادة الأولى كما لـو كانـا من جنسين فـإن ملك الإنسان لا ينجبر بملكه لأن الزيادة الثانية غير الأولى فعلى هذا إن هـزلت مرة ثـانية فعـادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة.

والوجه الثاني: أنه إذا ردها سمينة فلا شيء عليه لأنه عاد ما ذهب فأشبـه ما لـو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق العبـد ثم عاد، وفـارق ما إذا زادت من جهة أخرى فإنه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من شـواهده، فعـلى هذا لـو سمنت بعـد الهزال ولم تبلغ قيمتهـا إلى ما بلغت في السمن الأول أو زادت عليـه ضـمن أكثر الـزيادتـين

وتدخل الأخرى فيها وعلى الوجه الأول يضمنهما جميعاً فأما إن زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت ما نسيته فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول لأن العلم الثاني هو الأول فقد عاد ما ذهب وإن تعلمت علماً آخر أو صناعة أخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي. وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنسين كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعليم والأول أولى.

فصل: وإن مرض المغصوب ثم برأ أو ابيضت عينه ثم ذهب بياضها أو غصب جارية حسناء فسمنت سمناً نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لأنه لم يذهب ما له قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فإن رد المغصوب ناقصاً بمرض أو عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه أرش نقصه فإن زال عيبه في يدي مالكه لم يلزمه رد ما أخذ من أرشه لأنه استقر ضمانه برد المغصوب وكذلك إن أخذ المغصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك.

فصل: زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها وثمرة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الغاصب ضمنه سواء تلف منفرداً أو تلف مع أصله. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد الغصب إلا أن يطالب بها فيمتنع من أدائها لأنها غير مغصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة. ودليل عدم الغصب أنه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لأنه انبنى على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه.

ولنا: إنه مال المغصوب منه حصل في يده بالغصب فيضمنه بالتلف كالأصل وقولهم إن إثبات يده ليس من فعله لا يصح لأنه بإمساك الأم تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الأم محظور.

فصل: وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار نص عليه أحمد وهو قول جمهور العلماء. وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فيلزمه إذا ردها كالسمن.

ولنا: إنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين. وإن سلمنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم، بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا تجب ويخالف السمن، فإنه من عين المغصوب والعلم بالصناعة صفة فيها، وها هنا لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين، وهي باقية كلها كما كانت ولأن الغاصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فإنها مغصوبة وقد ذهبت.

فصل: ولو غصب شيئاً فشقه نصفين وكان ثوباً ينقصه القطع رده وأرش نقصه فإن تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص وإن لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة التالف لا غير. وإن كانا باقيين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وإن غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش نقصهما. فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي وأربعة دراهم وفيه وجه آخر لا يلزمه إلا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. لأنه لم يتلف غيره ولأن نقص الباقي نقص قيمة، فلا يضمنه كالنقص بتغير الأسعار، والصحيح الأول لأنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا اتلف أحد شقيه، فخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى وها هنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به وهذا هو الواجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه، كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه.

فصل: وإن غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت بذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه، فلو غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة خمسة. فلا يعتبر ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه، وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن إلا عشرة. لأنها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها.

فصل: وإن غصب ثوباً أوزولياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة وزئبرة الثوب فعليه أرش نقصه وإن أقام عنده قام مدة لمثلها أجرة لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، وإن اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معاً: الأجر وأرش النقص سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال أو بغيره، وقال بعض أصحاب الشافعي: إن نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه النشر فنقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الأجر والنقص، وإن كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففيه وجهان:

أحدهما: يضمنهما معاً.

والثاني: يجب أكثر الأمرين من الأجر وأرش النقص، لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء. ويتخرج لنا مثل ذلك.

ولنا: إن كل واحد منهما ينفرد بالإيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعا وجبا كما لو أقام في يده مدة ثم تلف والأجرة تجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لا في مقابلة الأجزاء ولذلك يجب الأجر وإن لم تفت الأجزاء وإن لم يكن للمغصوب أجر كثوب غير مخيط فلا أجر على الغاصب وعليه ضمان نقصه لا غير.

فصل: إذا نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله أن يضمن من شاء منهما فإن ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف لأنه في ضمانه من حين غصبه إلى يوم تلف وإن ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لأن ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وإن كان له أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وإن شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده والباقي على الغاصب والكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فصل: وإذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها أو حديداً فعمله سكاكين وأواني أو خشبة فنجرها باباً أو تابوتاً أو ثوباً فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش نقصه إن نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الغاصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجع عنه. فإن محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة، واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم فقدموا إليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال: «إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير وجه حق». فقالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الأنصار جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال النبي ﷺ: «أطعموها الأسرى». رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها ولولا ذلك لأمر بردها عليهم.

ولنا: إن عين مال المغصوب منه قائمة فلزم ردها إليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها، ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه فإذا فعله بملك غيره لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم: ولأنه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزله إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه فأما الخبر فليس بمعروف كما رووه: وليس في رواية أبي داود «ونحن نرضيهم عنها».

فإذا ثبت هذا فإنه لا شيء للغاصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد. وهذا مذهب الشافعي وذكر أبو الخطاب: أن الغاصب يشارك المالك بالزيادة لأنها حصلت بمنافعه، ومنافعه أجريت مجرى الأعيان. فأشبه ما لو غصب ثوباً فصبغه والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضي. لأن الغاصب عمل في ملك غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زيتاً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة إنسان في أرضه وسائر عمل الغاصب، فأما صبغ الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله في ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى، فإن احتج بأن من زرع في أرض غيره يرد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لأنه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فإذا أخذه مالك الأرض احتسب له بما أنفق على ملكه. وفي

مسألتنا عمله في ملك المغصوب منه بغير إذنه فكان لاغياً، على أننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين. فأما إن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنهما معاً كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جعله لبناً أو غزلاً نسجه أو ثوباً قصره، وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل أن سمر الرفوف بمسامير من عنده فله قلعها ويضمن ما نقصت الرفوف وإن كانت المسامير من الخشب المغصوبة أو مال المغصوب منه فلا شيء للغاصب وليس له قلعها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وإن كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك فهل يجبر على قبول الهبة؟ على وجهين، وإن كان استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالأجر عليه. والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن للمالك أن يضمن النقص من شاء منهما فلو استأجر قصاباً فذبح شاة فللمالك أخذها وأرش نقصها ويغرم من شاء منهما. فإن غرم الغاصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم القصاب الحال وإن ضمن القصاب رجع على الغاصب لأنه غره وإن علم القصاب أنها مغصوبة فغرمه لم يرجع على أحد لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه عالماً بالحال. وإن ضمن الغاصب رجع على القصاب لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره.

فصل: وإن غصب حباً فزرعه فصار زرعاً أو نوى فصار شجراً أو بيضاً فحصنه فصار فرخاً فهو للمغصوب منه لأنه عين ماله نمى فأشبه ما تقدم، ويتخرج أن يملكه الغاصب بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق، وإن غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فهم لمالكها ولا شيء للغاصب في علفها. قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم: يرد فروخها إلى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل، وإن غصب شاة فأنزى عليها فحلاً فالولد لصاحب الشاة، لأنه من نمائها. وإن غصب فحلاً فأنزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الأم ولا أجرة له لأن النبي ﷺ «نهى عن عسب الفحل» وإن نقصه الضراب ضمن نقصه.

فصل: وإن غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لآخر فلم يتميزا صارا شريكين. وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب وعليه غرامة مثلها لهما وإن خلطها بمثلها من ماله ملكها لأنه تعذر تسليمها بعينها. فأشبه ما لو تلفت.

ولنا: إنه فعل في المغصوب على وجه التعدي لم يذهب بماليته فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة.

فصل: وإن غصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً فهو لسيده وإن غصب جارحاً كالفهد والبازي فصاد به، فالصيد لمالكه لأنه من كسب ماله. فأشبه صيد العبد ويحتمل أنه للغاصب لأنه الصائد والجارحة آلة له. ولهذا يكتفي بتسميته عند إرسال الجارح، وإن غصب قوساً أو سهماً أو شبكة فصاد به ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة. لأنه حاصل به. فأشبه نماء ملكه وكسب عبده.

والثاني: للغاصب لأن الصيد حصل بفعله وهذه آلات. فأشبه ما لو ذبح بسكين غيره فإن قلنا: هو للغاصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه إن كان له أجر. وإن قلنا: هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين. لأن الأجر في مقابلة منافعه ومنافعه في هذه المدة عائدة إلى مالكه فلم يستحق عوضها على غيره كما لو زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بنفقته، والثاني عليه أجر مثله لأنه استوفى منافعه. أشبه ما لو لم يصد شيئاً.

مسألة: قال: (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد، وأخذها سيدها وأولادها ومهر مثلها).

وجملة ذلك: أن الغاصب إذا وطىء الجارية المغصوبة فهو زان لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين. فإن كان عالماً بالتحريم فعليه حد الزنا لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة. وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة. لأن النبي ﷺ «نهى عن مهر البغي».

ولنا: إن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولأنه حق يجب للسيد مع إكراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعها والخبر محمول على الحرة، ويجب أرش بكارتها لأنه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لأن مهر البكر يدخل فيه أرش البكارة. ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لأجل ما يتضمنه من تفويت البكارة، وإن حملت فالولد مملوك لسيدها لأنه من نمائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطىء لأنه من زنا. فإن وضعته حياً وجب رده معها وإن أسقطته ميتاً لم يضمن لأننا لا نعلم حياته قبل هذا[1] (هذا قول القاضي وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه، وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لأنه يضمنه لو سقط بضربته وما ضمن بالإتلاف ضمنه الغاصب بالتلف في يده كأجر العين والأولى إن شاء الله تعالى أن يضمنه بعشر قيمة أمه لأنه الذي يضمنه به بالجناية فيضمنه به في التلف كالأجزاء، وإن وضعته حياً) حصل مضموناً في يد الغاصب كالأم. فإن مات بعد ذلك ضمنه بقيمته وإن نقصت الأم بالولادة ضمن نقصها ولم ينجبر بالولد. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ينجبر نقصها بولدها.

ولنا: إن ولدها ملك للمغصوب منه فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة، وإن ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه، وإن ضرب بطنها أجنبي ففيه مثل ذلك، وللمالك تضمين أيهما شاء. فإن ضمن الغاصب رجع على الضارب وإن ضمن الضارب لم يرجع على أحد لأن الإتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه،

---

(١) من هنا إلى قوله: وإن وضعته حياً ـ زيادة من بعض النسخ.

وإن ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت. ويدخل في ذلك أرش بكارتها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، وسواء في هذه الأحكام كلها حالة الإكراه أو المطاوعة لأنها حقوق لسيدها فلا تسقط بمطاوعتها. وأما حقوق الله تعالى كالحد عليها والتعزير في موضع يجب فإن كانت مطاوعة على الوطء عالمة بالتحريم فعليها الحد إذا كانت من أهله والإثم وإلا فلا.

فصل: وإن كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالإسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة يخفى عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لأن الحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة، وإن حملت فالولد حر لاعتقاده أنها ملكه ويلحقه بالنسب لموضع الشبهة وإن وضعته ميتاً لم يضمنه لأنه لم يعلم حياته ولأنه لم يحل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لأجل الحيلولة. وإن وضعته حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لأنه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه أول حال انفصاله لأنه أول حال إمكان تقويمه. ولأن ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وإن ضرب الغاصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه لا يرث الضارب منها شيئاً. لأنه أتلف جنيناً حراً وعليه للسيد عشر قيمة أمه لأن الإسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المماليك ولهذا لو وضعته حياً قومناه مملوكاً، وإن كان الضارب أجنبياً فعليه غرة دية الجنين الحر لأنه محكوم بحريته وتكون موروثة عنه وعلى الغاصب للسيد عشر قيمة أمه لأنه يضمنه ضمان المماليك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه، والحكم في المهر والأرش والأجر ونقص الولادة وقيمتها على ما مضى إذا كانا عالمين لأن هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية.

مسألة: قال: (وإن كان الغاصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها، وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الغاصب).

وجملة ذلك: أن الغاصب إذا باع الجارية فبيعه فاسد لأنه يبيع مال غيره بغير إذنه، وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على إجازة المالك، وقد ذكرنا ذلك في البيع، وفيه رواية ثالثة: أن البيع يصح وينفذ لأن الغصب في الظاهر تتطاول مدته فلو لم يصح تصرف الغاصب أفضى إلى الضرر بالمالك والمشتري لأن المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها، والتفريع على الرواية الأولى والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب إلا أن المشتري إذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فإنه لا يقبل منه إلا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لأن الغاصب أخذها بغير حق وقد قال النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وللمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم الخبر، ولأن مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى. ويلزم المشتري المهر لأنه وطىء جارية غيره بغير نكاح

وعليه أرش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لاعتقاده أنه يطأ مملوكته فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم لأنه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح في المذهب وعليه الأصحاب. وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم لأنهم كانوا في حال العلوق أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولاً لأبي عبد الله أول، والذي أذهب إليه: أنه يفديهم، وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد. وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم ببدلهم يوم الوضع. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لأن ولد المغصوبة لا يضمنه عنده إلا بالمنع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضموناً فيقوم يوم وضعه، لأنه أول حال أمكن تقويمه. واختلف أصحابنا فيما يفديهم به فنقل الخرقي ها هنا أنه يفديهم بمثلهم. والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والصفات والجنس والذكورية والأنوثية وقد نص عليه أحمد. وقال أبو بكر عبد العزيز: يفديهم بمثلهم في القيمة. وعن أحمد رواية ثالثة: أنه يفديهم بقيمتهم. وهو قول أبي حنيفة والشافعي. وهو أصح إن شاء الله تعالى. لأن الحيوان ليس بمثلي فيضمن بقيمته كسائر المتقومات، ولأنه لو أتلفه ضمنه بقيمته. وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع. وقول الخرقي «رجع بذلك كله على الغاصب». يعني بالمهر وما فدى به الأولاد. لأن المشتري دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض. فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه. فأما الجارية إذا ردها لم يرجع ببدلها لأنها ملك المغصوب منه رجعت إليه لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه. وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر في تلك المدة فعليه أجرها، وإن اغتصبها بكراً فعليه أرش بكارتها وإن نقصتها الولادة أو غيرها فعليه أرش نقصها. وإن تلفت في يده فعليه قيمتها. وكل ضمان يجب على المشتري فللمغصوب منه أن يرجع به على من شاء منهما. لأن يد الغاصب سبب يد المشتري. وما وجب على الغاصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده. فإنه يرجع به على الغاصب وحده. لأن ذلك كان قبل يد المشتري، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الغاصب نظرت. فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها غير مغصوبة لم يرجع بشيء. لأن موجب الضمان وجد في يده من غير تغرير، وإن لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها إن تلفت في يده وأرش بكارتها وبدل جزء من أجزائها. لأنه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالثمن. فإذا ضمنه لم يرجع به. وضرب يرجع به وهو بدل الولد إذا ولدت منه. لأنه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ولم يحصل من جهته إتلاف وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذا نقص الولادة، وضرب اختلف فيه، وهو مهر مثلها وأجر نفعها، فهل يرجع به على الغاصب؟ فيه روايتان:

إحداهما: يرجع به وهو قول الخرقي. لأنه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض. فإذا غرم عوضه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي.

والثانية: لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة. لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها. وهذا القول الثاني للشافعي. وإن رجع بذلك كله على الغاصب فكل ما لو رجع به على المشتري لا يرجع به على الغاصب إذا رجع به على الغاصب رجع به على المشتري. وكل ما لو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري، ومتى ردها حاملاً فماتت من الوضع فإنها مضمونة على الواطىء لأن التلف بسبب من جهته.

فصل: ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحدود لأنها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة. فإن كانت حرة كان المهر لها. وإن كانت أمة كان لسيدها. وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجب المهر. لأنه وطء يتعلق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طاوعته.

ولنا: إنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة. فإذا كان الواطىء من أهل الضمان في حقها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة، وأما المطاوعة، فإن كانت أمة وجب عليه مهرها، لأنه حق لسيدها فلا يسقط برضاها. وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لأن رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته في قطع يدها أو إتلاف جزء منها. وروي عن أحمد رواية أخرى أن الثيب لا مهر لها وإن أكرهت نقلها ابن منصور وهو اختيار أبي بكر، والصحيح الأول لأنها مكرهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبكر ويجب أرش البكارة مع المهر كما لو قدمنا.

فصل: إذا أجر الغاصب المغصوب فالإجارة باطلة على إحدى الروايات كالبيع وللمالك تضمين أيهما شاء أجر مثلها فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لأنه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد. وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلمالكها تغريم من شاء منهما قيمتها. فإن غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على الغاصب. لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم، هذا إذا لم يعلم بالغصب وإن علم لم يرجع على أحد لأنه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فإن غرم الغاصب الأجر والقيمة رجع بالأجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر عالماً بالغصب وإلا فلا. وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في الفصل كله، وحكي عن أبي حنيفة أن الأجر للغاصب دون صاحب الدار. وهذا فاسد لأن الأجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار. فلم يملكها الغاصب كعوض الأجزاء.

فصل: وإن أودع المغصوب أو وكل رجلاً في بيعه ودفعه إليه فتلف في يده فللمالك تضمين أيهما شاء. أما الغاصب فلأنه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل لإثباتهما أيديهما على ملك معصوم بغير حق، فإن غرم الغاصب وكانا غير

عالمين بالغصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد وإن غرمهما رجعا على الغاصب بما غرما من القيمة والأجر لأنهما دخلا على أن لا يضمنا شيئاً من ذلك ولم يحصل لهما بدل عما ضمنا. وإن علما أنها مغصوبة استقر الضمان لأن التلف حصل تحت أيديهما من غير تغرير بهما فاستقر الضمان عليهما. فإن غرما شيئاً لم يرجعا به وإن غرم الغاصب رجع عليهما لأن التلف حصل في أيديهما وإن جرحها الغاصب ثم أودعها أو ردها إلى مالكها فتلفت بالجرح استقر الضمان على الغاصب بكل حال لأنه هو المتلف فكان الضمان عليه كما لو باشرها بالإتلاف في يده.

فصل: وإن أعار العين المغصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيهما شاء أجرها وقيمتها فإن غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحد وإن غرم الغاصب رجع المستعير، وإن لم يكن علم بالغصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، وهل يرجع بما غرم من الأجر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرجع لأنه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه.

والثاني: لا يرجع لأنه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن الأكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لأنه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله، فإن ردها المستعير على الغاصب فللمالك أن يضمنه أيضاً لأنه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الغاصب إن حصل التلف في يديه وكذلك الحكم في المودع وغيره.

فصل: وإن وهب المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان على المتهب، فمهما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لأن التلف حصل في يديه ولم يغره أحد، وكذلك أجر مدة مقامه في يديه وأرش نقصه إن حصل. وإن لم يعلم فلصاحبها تضمين أيهما شاء. فإن ضمن المتهب رجع على الواهب بقيمة العين والأجزاء لأنه غره. وقال أبو حنيفة: أيهما ضمن لم يرجع على الآخر.

ولنا: إن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الأولاد فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه، فأما الأجرة والمهر وأرش البكارة فهل يرجع به المتهب على الواهب؟ فيه وجهان، وإن ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب؟ فيه وجهان.

فصل: وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين:

إحداهما: بطلانها.

والثانية: صحتها ووقوفها على إجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكمية رواية أنها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود والإجارة والنكاح، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك. فأما ما اختار

المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً. وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه: أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك. فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك.

فصل: وإذا غصب أثماناً فاتجر بها أو عروضاً فباعها واتجر بثمنها فقال أصحابنا: الربح للمالك والسلع المشتراة له. وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك. قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به، وإن اشتراه في ذمته ثم نقد الأثمان فقال أبو الخطاب: يحتمل أن يكون الربح للغاصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه. لأنه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المغصوب. وهذا قياس قول الخرقي ويحتمل أن يكون الربح للمغصوب منه لأنه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى له بعين المال وهذا هو ظاهر المذهب، وإن حصل خسران فهو على الغاصب لأنه نقص حصل في المغصوب، وإن دفع المال إلى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرناه. وليس على المالك من أجر العامل شيء، لأنه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الغاصب فإن كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له لأنه متعد بالعمل ولم يغره أحد، وإن لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجر مثله لأنه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالعقد الفاسد.

مسألة: قال: (ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمت الغاصب القيمة فإن قدر عليه رده وأخذ القيمة).

وجملته: أن من غصب شيئاً يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فللمغصوب منه المطالبة ببدله فإذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصير ملكاً للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لأن المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولأنه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيته بزيته.

ولنا: إن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتلف ولأنه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبراً وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لأنه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض. ولهذا إذا رد المغصوب إليه رد القيمة عليه و لا يشبه الزيت لأنه يجوز بيعه ولأن حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبداً. إذا ثبت هذا فإنه متى قدر على المغصوب رده ونماءه المنفصل والمتصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى رده؟ فيه وجهان: أصحهما لا يلزمه. لأنه استحق الانتفاع ببدله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عداه.

والثاني: له أجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلاً عنه إلى الغاصب لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها إن كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب، وإن كان البدل تالفاً رد مثله أو قيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال.

فصل: وإن غصب عصيراً فصار خمراً فعليه مثل العصير لأنه تلف في يديه. فإن صار خلاً وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله. وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع القيمة لأن العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه، وإن عاد خلاً كما لو هزلت الجارية السمينة ثم عاد سمنها فإنه يردها وأرش نقصها.

ولنا: إن الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلاً عنه كما لو غصبه، فغصبه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملاً فصار كبشاً، وأما السمن الأول فلنا فيه منع. وإن سلمناه فالثاني غير الأول بخلاف مسألتنا.

فصل: وإذا غصب شيئاً ببلد فلقيه ببلد آخر فطالبه به نظرت فإن كان أثماناً لزمه دفعها إليه لأن الأثمان قيم الأشياء فلا يضر اختلاف قيمتها وإن كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمته في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الغصب أكثر لزمه أداء مثله، لأنه لا ضرر عليه وكذلك إن كانت قيمته مختلفة إلا أنه لا مؤنة لحمله فله المطالبة بمثله لأنه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه، وإن كان لحمله مؤنة وقيمته في البلد الذي غصبه فيه أقل فليس عليه رده ولا رد مثله. لأننا لا نكلفه مؤنة النقل إلى بلد لا يستحق تسليمه فيه وللمغصوب منه الخيرة بين الصبر إلى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمته في البلد الذي غصبه فيه لأنه تعذر رده ورد مثله، وإن كان من المتقومات فله المطالبة بقيمته في البلد الذي غصبه فيه ومتى قدر على رد العين المغصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسألة قبل هذا.

مسألة: قال: (ولو غصبها حاملاً فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته).

الكلام في هذه المسألة في أمرين:

أحدهما: أنه إذا غصب حاملاً من الحيوان أمة أو غيرها فالولد مضمون كذلك لو غصب حائلاً فحملت عنده وولدت ضمن ولدها وبهذا قال الشافعي: وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجب ضمان الولد في الصورتين لأنه ليس بمغصوب إذ الغصب فعل محظور ولم يوجد فإن الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله لأنه انبنى على وجود الولد ولا صنع له فيه.

ولنا: إن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرة في الصدفة والجوز واللوز ولأنه مغصوب فيضمن كالأم فإن الولد إما أن يكون مودوعاً في الأم كالدرة في الحقة وإما أن يكون

كأجزائها وفي كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف فإن أسقطته ميتاً لم يضمنه لأنه لا تعلم حياته ولكن يجب ما نقصت الأم عن كونها حاملاً وأما إذا حدث الحمل فقد سبق الكلام فيه.

والأمر الثاني: أنه يلزمه رد الموجود من المغصوب وقيمة التالف فإن كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب إلى حين الرد ردها، وإن كانت تختلف نظرنا فإن كان اختلافهما لمعنى فيه من كبر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص فالواجب القيمة أكثر ما كانت لأنها مغصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قررناه فيما مضى، فإن كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لأنه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك، وإن كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت زائدة لأنه لو ردها ناقصة للزمه أرش نقصها وهو بدل الزيادة فإذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها فإن كان اختلافها لتغير الأسعار لم يضمن الزيادة لأن نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين فلا يضمن عند تلفها، وحمل القاضي قول الخرقي على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الأسعار وهو مذهب الشافعي لأن أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه فإذا تعذر ردها ضمنها كقيمة يوم التلف وإنما سقطت القيمة مع رد العين والمذهب الأول لما ذكرنا، وتفارق هذه الزيادة زيادة المعاني لأن تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم إنها سقطت برد العين لا يصح لأنها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم، قال القاضي ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الأسعار، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف رواه الجماعة عن أحمد، وعنه أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب وهو قول أبي حنيفة ومالك. لأنه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه.

ولنا: إن القيمة إنما تثبت في الذمة حين التلف لأن قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكروه لا يصح لأن إمساك المغصوب غصب فإنه فعل يجب عليه تركه في كل حال وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الخلال جبن أحمد عنه كأنه رجع إلى قوله الأول.

فصل: وإن كان المغصوب من المثليات فتلف وجب رد مثله فإن فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل، وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البدل لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة. وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي تجب قيمته يوم المحاكمة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم.

ولنا: إن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أداؤها ولا ينفي وجوب

المثل لأنه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أداؤه فلم يكن واجباً كحالة المحاكمة، وأما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء لاستحق المالك طلبه وأخذه وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالاً من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم يحاسبه وكذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم الغصب وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ها هنا بإذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فتثبت قيمته يوم ملكه، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لأنه ملكه والمغصوب ملك للمغصوب منه والواجب رده لا قيمته وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك فأما إن كان المغصوب باقياً وتعذر رده فأوجبنا رد قيمته فإنه يطالبه بقيمته يوم قبضها لأن القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر إلى وقت إمكان الرد ومطالبة الغاصب بالسعي في رده وإنما يأخذ القيمة لأجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه ولأن ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره.

مسألة: قال: (وإذا كان للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجر مثله مدة مقامه في يديه).

هذه المسألة تشتمل على حكمين:

أحدهما: وجوب رد المغصوب.

والثاني: رد أجرته: أما الأول فإن المغصوب متى كان باقياً وجب رده لقول رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه أبو داود وابن ماجة والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود، يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الغم والغيظ عليه ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه إعادتها. وأجمع العلماء على وجوب رد المغصوب إذا كان باقياً بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره، فإن غصب شيئاً فبعّده لزم رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته لأنه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فإن قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ها هنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وإن قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده لأنه أسقط عنه حقاً فسقط وإن لم يقبله كما لو أبرأه من دينه. وإن قال رده لي إلى بعض الطريق لزمه ذلك لأنه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه، وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده إليه أو لم يكن لأنه

معاوضة، وإن قال دعه في مكانه وأعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما.

فصل: وإن غصب شيئاً فشغله بملكه كخيط خاط به ثوباً أو نحوه أو حجراً بنى عليه نظرنا فإن بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبةفتلفت لم يؤخذ برده ووجبت قيمته لأنه صار هالكاً فوجبت قيمته، وإن كان باقياً بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل الثوب وبهذا قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر لأنه صار تابعاً لملكه يستضر بقلعه فلم يلزم رده كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبده.

ولنا: إنه مغصوب أمكن رده ويجوز له فوجب كما لو بعَّد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لأنه يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولأن حاجته إلى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء، وإن خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة:

أحدها: أن يخيط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيجب نزعه ورده لأنه لا يضمن تفويت ذي حرمة فأشبه ما لو خاط به ثوباً.

والثاني: أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمي، فإن خيف من نزعه الهلاك أو إبطاء برئه فلا يجب نزعه لأن الحيوان آكد حرمة من عين المال ولهذا يجوز له مال غيره ليحفظ حياته وإتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبغل والحمار الأهلي.

الثالث: أن يخيط به جرح حيوان مأكول فإن كان ملكاً لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقلع لأن فيه إضراراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب إتلاف مال من لم يجن صيانة لمال آخر، وإن كان الحيوان للغاصب فقال القاضي لا يجب رده لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز، وإن حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المغصوب كنقص البناء لرد الحجر المغصوب، وقال أبو الخطاب فيه وجهان:

أحدهما: هذا والثاني لا يجب قلعه لأن للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ويحتمل أن يفرق بين ما يعد للأكل من الحيوان كبهيمة الأنعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يعد له كالخيل والطير المقصود صوته فالأول يجب ذبحه إذا توقف رد المغصوب عليه.

والثاني: لا يجب لأن ذبحه إتلاف له فجرى مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الخيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده.

فصل: وإن غصب فصيلاً فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه إلا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء

لرد الساجة[١] فإن كان حصوله في الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لأنه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار. وأما الخشبة: فإن كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وإن كان أقل كسرت، ويحتمل في الفصيل مثل هذا فإنه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمه لأنه في معنى الخشبة، وإن كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تعدى على إنسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره ولو باع داراً فيها خوابي لا تخرج إلا بنقض الباب أو خزائن أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لأنه لتخليص ماله وإن كان أكثر ضرراً لم ينقض لأنه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك إما بأن يشتريه مشتري الدار أو غير ذلك.

فصل: وإن غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة فقال أصحابنا: حكمها حكم الخيط الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب إلا أن يكون الحيوان آدمياً، وفارق الخيط لأنه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله إليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها إلا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شيء لصاحب الجوهرة لأن التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه، وإن أدخلت رأسها في قمقم فلم يمكن إخراجها إلا بذبحها وكان الضرر في ذبحها أقل ذبحت وإن كان الضرر في كسر القمقم أقل كسر القمقم، وإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه، وإن كان التفريط من صاحب القمقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه، وإن لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة إن كسر القمقم لأنه كسر لتخليص شاته، وإن ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم لأنه لتخليص قمقمه، فإن قال من عليه الضمان منهما أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لأن إتلاف مال الآخر إنما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فإذا رضي بتلفه لم يجز إتلاف غيره، وإن قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم نمكنه من إتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء لأن القمقم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له إما أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب وإما أن تغرم القمقم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضرراً ويخلصها لأن ذلك من ضرورة إبقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه كعلفها، وإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا واحتمل أن يكسر القمقم وهو قول أصحابنا

---

(١) الساجة: خشبة من نوع معروف.

لأنه لا نفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل أن يجري مجرى المأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً وكانت الجناية من صاحبه قتل لأن حرمته معارضة لحرمة الآدمي الذي يتلف ماله والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن إضاعة المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته إضاعة للمال والله أعلم.

فصل: وإن غصب ديناراً فوقع في محبرته أو أخذ دينار غيره فسها فوقع في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجة وكذلك إن كان درهماً أو أقل منه، وإن وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار إن أحب صاحبه والضمان عليه لأنه لتخليص ماله، وإن غصب ديناراً فوقع في محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب في كسرها، وإن كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر، وإن رمى إنسان ديناره في محبرة عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميه فيها فلم يجبر صاحبها على إتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير إذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها.

فصل: وإن غصب لوحاً فرقع به سفينة فإن كانت على الساحل لزم قلعه ورده وإن كانت في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه لزم قلعه وإن خيف غرقها بقلعه لم يقلع حتى تخرج إلى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً فأبق وقال أبو الخطاب إن كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيط وإن كان فيها مال للغاصب أو لا مال فيها ففيها وجهان:

أحدهما: لا يقلع.

والثاني: يقلع في الحال لأنه أمكن رد المغصوب فلزم وإن أدى إلى تلف المال كرد الساجة المبني عليها ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

ولنا: إنه أمكن رد المغصوب من غير إتلاف فلم يجز الإتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء فإنه لا يمكن رده من غير إتلاف.

فصل: وإذا غصب شيئاً فخلطه بما يمكن تمييزه منه كحنطة بشعير أو سمسم أو صغار الحب بكباره أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر المميز عليه وإن لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييزه ما أمكن وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب:

أحدها: أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حنطة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثلها. فقال ابن حامد: يلزمه مثل المغصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لأنه نص على أنه يكون شريكاً به إذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض

أصحاب الشافعي إلا في الدقيق فإنه تجب قيمته لأنه عندهم ليس بمثلي. وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله إن شاء منه وإن شاء من غيره، لأنه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبه ما لو تلف لأنه لا يتميز له شيء من ماله.

ولنا: إنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صانعاً فتلف نصفه، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره.

الضرب الثاني والثالث والرابع: أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام أحمد أنهما شريكان يباع الجميع ويدفع إلى كل واحد منهما قدر حقه لأنه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك لأننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما عين ماله وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البدل وإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً فعلى الغاصب ضمان النقص لأنه حصل بفعله. وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الغاصب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكاً وكذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كأسوة الغرماء ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب فأما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذ حقه من المثليات مميزاً فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه إن خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي وإن خلطه بدون منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بذله لأنه أمكنه رد بعض المغصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الغاصب ذلك لأن حقه انتقل إلى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمغصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لأنه دون حقه وإن تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لأنه ربا لأنه يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي دون حقه من الرديء أو سمح الغاصب فدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لأنه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغيرجنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل لأنه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينهما.

الضرب الخامس: أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابة بماء فإن أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله لأنه صار كالهالك وإن لم يفسده رده ورد نقصه وإن احتيج في تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب ذلك لأنه بسببه ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا.

فصل: وإن غصب ثوباً فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يصبغه بصبغ له.

والثاني: أن يصبغه بصبغ للمغصوب منه.

الثالث: أن يصبغه بصبغ لغيرهما، والأول لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم تزد قيمتهما ولم تنقص مثل إن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة فهما شريكان لأن الصبغ عين مال له قيمة فإن تراضيا بتركه لهما جاز وإن باعاه فثمنه بينهما نصفين.

الثاني: إذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فإن كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وإن كانت لزيادة الصبغ في السوق فالزيادة لصاحبه وإن كانت لزيادتهما معاً فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فإن تساويا في الزيادة في السوق تساوى صاحباهما فيهما وإن زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وإن زادا بالعمل فالزيادة بينهما لأن عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المغصوب للمغصوب منه إذا كان أثراً وزيادة مال الغاصب له، وإن نقصت القيمة لتغير الأسعار لم يضمنه الغاصب لما تقدم وإن نقص لأجل العمل فهو على الغاصب لأنه متعديه فإذا صار قيمة الثوب مصبوغاً خمسة فهو كله لمالكه ولا شيء للغاصب لأن النقص حصل بعدوانه فكان عليه وإن صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسباعه ولصاحب الصبغ سبعاه، وإن زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوي سبعة ونقص الصبغ فصار يساوي ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغاً عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبغ ثلاثة وإن ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها وإن انعكس الحال فصار الثوب يساوي في السوق ثلاثة والصبغ سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبغ ها هنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ لأن زيادة السعر لا تضمن فإن أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب إن نقص. وبهذا قال الشافعي: لأنه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغي أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لأنه سفه وظاهر كلام الخرقي أنه لا يمكن من قلعه إذا تضرر الثوب بقلعه لأنه قال في المشتري إذا بنى أو غرس في الأرض المشفوعة فله أخذه إذا لم يكن في أخذه ضرر وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لأن فيه إضراراً بالثوب المغصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الغرس لأن الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الأرض. وإن اختار المغصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان:

أحدهما: يملك إجبار الغاصب عليه كما يملك إجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لأنه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وإن استضر الغاصب كقلع الشجر، وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الأرض.

والثاني: لا يملك إجباره عليه ولا يمكن من قلعه لأن الصبغ يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلع الزرع من الأرض، وفارق الشجر فإنه لا يتلف بالقلع، قال القاضي: هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لأن له غاية ينتهي إليها ولصاحب الأرض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصبغ فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في الأرض، ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فإنه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، وإن بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه لم يجبر على قبوله لأنه إجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الغراس ويحتمل أن يجبر على ذلك إذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الأرض المشفوعة والعارية وفي الأرض المغصوبة إذا لم يقلعه الغاصب ولأنه أمر يرتفع به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا، وإن بذل الغاصب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لمالكها في هذه المواضع، وإن وهب الغاصب الصبغ لمالك الثوب فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه. لأن الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه.

الثاني: لا يجبر لأن الصبغ عين يمكن إفرادها فلم يجبر على قبولها وظاهر كلام الخرقي أنه يجبر لأنه قال في الصداق إذا كان ثوباً فغصبه فبذلت له نصفه مصبوغاً لزمه قبوله وإن أراد المالك بيع الثوب وأبى الغاصب فله بيعه لأنه ملكه فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه وإن أراد الغاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه لأنه متعد فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه.

القسم الثاني: أن يغصب ثوباً وصبغاً من واحد فيصبغه به فإن لم تزد قيمتهما ولم تنقص ردهما ولا شيء عليه وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شيء للغاصب ولأنه إنما له في الصبغ أثر لا عين وإن نقصت بالصبغ فعلى الغاصب ضمان النقص لأنه بتعديه وإن نقص لتغير الأسعار لم يضمنه.

القسم الثالث: أن يغصب ثوب رجل وصبغ آخر فيصبغه به فإن كانت القيمتان بحالهما فهما شريكان بقدر مالهما وإن زادت فالزيادة لهما وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لأنه تبدد في الثوب ويرجع به على الغاصب، وإن نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمهما حكم ما لو صبغه الغاصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه، وإن غصب عسلاً ونشاء وعقده حلواء فحكمه حكم ما لو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه.

الحكم الثاني: أنه متى كان للمغصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب، هذا هو المعروف في المذهب نص عليه أحمد في رواية الأثرم، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك. وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجترىء أن أقول عليه سكنى ما سكن، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال: هذا قول قديم. لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان» وضمانها على الغاصب. ولأنه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة.

ولنا: إن كل ما ضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الإتلاف كالأعيان. ولأنه أتلف متقوماً فوجب ضمانه كالأعيان أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين. فأما الخبر فوارد في البيع ولا يدخل فيه الغاصب. لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع. ولا يشبه الزنا لأنها رضيت بإتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره داره ولو أكرهها عليه لزمه مهرها. والخلاف فيم له منافع تستباح بعقد الإجارة كالعقار والثياب والدواب ونحوها. فأما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها. لأنه لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها. لأن منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها. ولأنها لا تقدر بزمن فيكون مضي الزمان يتلفها بخلاف المنفعة.

فصل: إذا غصب طعاماً فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء لأن الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل أتلف مال غيره بغير إذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير إذن مالكه، فإن كان الآكل عالماً بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير إذن عالماً من غير تغرير فإذا ضمن الغاصب رجع عليه. وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد. وإن لم يعلم الآكل بالغصب نظرنا فإن كان الغاصب قال له: كله فإنه طعامي استقر الضمان عليه لاعترافه بأن الضمان باق عليه. وإنه لا يلزم الآكل شيء. وإن لم يقل ذلك ففيه روايتان:

إحداهما: يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لأنه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد.

والثانية: يستقر الضمان على الغاصب. لأنه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الخرقي لقوله في المشتري للأمة يرجع بالمهر وكل ما غرم على الغاصب، وأيهما استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد. فإن غرمه صاحبه رجع عليه، وإن أطعم المغصوب لمالكه فأكله عالماً أنه طعامه برىء الغاصب. وإن لم يعلم وقال له الغاصب: كله فإنه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا. وإن كانت له بينة بأنه طعام المغصوب منه. وإن لم يقل ذلك بل قدمه إليه وقال كله أو قال قد وهبتك إياه أو سكت فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ. لأنه

قال في رواية الأثرم في رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال: كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له: هذا لك عندي وهذا يدل على أنه لا يبرأ ها هنا بأكل المالك طعامه بطريق الأولى. لأنه ثم رد إليه يده وسلطانه وها هنا بالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطان. فإنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ الغاصب كما لو علفه لدوابه ويتخرج أن يبرأ بناء على ما مضى إذا أطعمه لغير مالكه. فإنه يستقر الضمان على الآكل في إحدى الروايتين فيبرأ ها هنا بطريق الأولى وهذا مذهب أبي حنيفة، وإن وهب المغصوب لمالكه أو أهداه إليه فالصحيح أنه يبرأ لأنه قد سلمه إليه تسليماً صحيحاً تاماً وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الأثرم وارد فيما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسألتنا فيما إذا رد إليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها، وإن باعه إياه وسلمه إليه برىء من الضمان. لأنه قبضه بالابتياع والابتياع يوجب الضمان وإن أقرضه إياه برىء أيضاً لذلك وإن أعاره إياه برىء أيضاً لأن العارية توجب الضمان، وإن أودعه إياه أو آجره إياه أو رهنه أو أسلمه عنده ليقصره أو يعلمه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون عالماً بالحال. لأنه لم يعد إليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة وقال بعض أصحابنا: يبرأ لأنه عاد إلى يده وسلطانه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. والأول أولى فإنه لو أباحه إياه فأكله لم يبرأ فها هنا أولى.

فصل: إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب ولا بينة لأحدهما فالقول قول الغاصب. لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه به حجة كما لو ادعى ديناً فأقر ببعضه وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الغاصب فالقول قوله كذلك. فإن شهدت له البينة بالصفة ثبتت. وإن قال الغاصب كانت فيه سلعة أو أصبع زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله. لأن الأصل عدم ذلك والقول قول الغاصب في قيمته على كل حال. وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقت زيادته فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الغاصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته. وإن شاهدنا العبد معيباً فقال الغاصب كان معيباً قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الغاصب لأنه غارم ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير وإن غصبه خمراً ثم قال صاحبه تخلل عندك وأنكر الغاصب فالقول قوله لأن الأصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة. وإن اختلفا في رد المغصوب أو رد مثله أو قيمته فالقول قول المالك. لأن الأصل عدم ذلك واشتغال الذمة به وإن اختلفا في تلفه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول قول الغاصب. لأنه أعلم بذلك وتتعذر إقامة البينة عليه. فإذا حلف فللمالك المطالبة ببدله. لأنه تعذر رد العين فلزم بدلها كما لو غصب عبداً فأبق وقيل ليس له المطالبة بالبدل. لأنه لا يدعيه. وإن قال غصبت مني حديثاً فقال بل عتيقاً فالقول قول الغاصب. لأن الأصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه.

فصل: وإذا باع عبداً فادعى إنسان على البائع أنه غصبه العبد وأقام بذلك ببينة انتقض

البيع ورجع المشتري على البائع بثمنه وإن لم تكن بينة فأقر البائع والمشتري بذلك فهو كما لو قامت به بينة، وإن أقر البائع وحده لم يقبل في حق المشتري. لأنه لا يقبل إقراره في حق غيره ولزمت البائع قيمته. لأنه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لأنه ملكه في الظاهر وللبائع إحلافه ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري به لأنه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة العبد. لأنه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كما لو قال لي عليك ألف من ثمن البيع فقال بل ألف من قرض. وإن كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه. لأنه لا يدعيه ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه. وإن كان إقرار البائع في مدة الخيار له انفسخ البيع. لأنه يملك فسخه فقبل إقراره بما يفسخه، وإن أقر المشتري وحده لزمه رد العبد ولم يقبل إقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن إن كان قبضه ويلزمه دفعه عليه إن كان لم يقبضه. وإن أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وإن أقام البائع بينة إذا كان هو المقر نظرنا. فإن كان في حال البيع قال: بعتك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بينته لأنه يكذبها وتكذبه وإن لم يكن قال ذلك قبلت لأنه يبيع ملكه وغير ملكه. وإن أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له. لأنه يجر بها إلى نفسه نفعاً. وإن أنكراه جميعاً فله إحلافهما إن لم تكن له بينة قال أحمد في رجل يجد سرقته بعينها عند إنسان قال هو ملكه يأخذه اذهب إلى حديث سمرة عن رسول الله ﷺ: «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة.

فصل: وإن كان المشتري أعتق العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك وكان العبد حراً. لأنه قد تعلق به حق لغيرهما فإن وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً. لأن الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل إقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفقوا كلهم ويعود العبد إلى المدعي لأنه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم إن ضمن البائع رجع على المشتري. لأنه أتلفه وإن رجع على المشتري لم يرجع على البائع إلا بالثمن. لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن مات العبد وخلف مالاً فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له وإنما منعنا رد العبد إليه لتعلق حق الحرية به إلا أن يخلف وارثاً فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لأحد لأنه لا يدعيه أحد وإن صدق المشتري البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الأقسام على ما مضى.

فصل: وإذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى أني فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآن بميراث أو هبة من مالكه فيلزمك رده علي لأن البيع الأول والهبة باطلان وإن أقام بذلك بينة

نظرت فإن كان قال حين البيع والهبة هذا ملكي أو بعتك ملكي هذا وكان في ضمنه إقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ونحو ذلك لم تقبل البينة لأنه مكذب لها وهي تكذبه وإن لم يكن كذلك قبلت الشهادة لأن الإنسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه.

فصل: إذا جنى العبد المغصوب جناية أوجبت القصاص فاقتص منه فضمانه على الغاصب لأنه قد تلف في يديه فإن عفي عنه على مال تعلق ذلك برقبته.وضمان ذلك على الغاصب لأنه نقص حدث في يده فلزمه ضمانه لأن ضمان العبد ونقصه على سيده ويضمنه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده، وإن جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون أرش اليد لأن اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت وإن عفي عنه على مال تعلق أرش اليد برقبته وعلى الغاصب أقل الأمرين من قيمته أو أرش اليد فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم إنه مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها إلى سيده فإذا أخذها تعلق أرش الجناية بها لأنها كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببدله كما أن الرهن إذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها، فإذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الغاصب بقيمة أخرى لأن القيمة التي أخذها استحقت بسبب كان في يد الغاصب فكانت من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استغرقت قيمته ثم إن المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها أرش الجناية فإذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ولو أن العبد جنى في يد سيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه غاصب فجنى في يده جناية تستغرق قيمته بيع في الجنايتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منهما لأن الجناية كانت في يده وكان للمجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الأول لأنه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه فإن مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة لأنه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه.

مسألة: قال: (من أتلف لذمي خمراً أو خنزيراً فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه).

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذمي خمراً فلا ضمان عليه، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانها إذا أتلفها على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عيناً قومها كنفس الآدمي وقد عصم خمر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتمولونها بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه أن أهل الذمة يمرون

بالعاشر[1] ومعهم الخمور فكتب إليه عمر: ولوهم بيعها وخذوا منهم عشر ثمنها، وإذا كانت مالاً وجب ضمانها كسائر أموالهم.

ولنا: إن جابراً روى أن النبي ﷺ قال: «ألا إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» متفق على صحته وما حرم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته كالميتة، ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كالمرتد ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فإن تحريمها ثبت في حقهما وخطاب النواهي يتوجه إليهما فما ثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقويمها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين، وقولهم: إنها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد فإنه مال عندهم، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ عشر أثمانها لأنهم تبايعوا وتقابضوا حكمنا لهم بالملك ولم ننقضه وتسميتها أثماناً مجاز كما سمى الله تعالى ثمن يوسف ثمناً فقال: ﴿وَشَرَوه بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: ٢٠] وأما قول الخرقي وينهى عن التعرض لهم فيها لا يظهرونه فلأن كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذه ونكاح ذوات المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهروه لأننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم فيها التزمنا تركه، وما أظهروه من ذلك تعين إنكاره عليهم فإن كان خمراً جازت إراقته، وإن أظهروا صليباً أو طنبوراً جاز كسره، وإن أظهروا كفرهم أدبوا على ذلك، ويمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين.

فصل: وإن غصب من ذمي خمراً لزمه ردها لأنه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردها ووجبت إراقتها لأن أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً فأمره بإراقتها، وإن أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لأن ابن عباس روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه» ولأن ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فإن أمسكها في يده حتى صارت خلاً لزم ردها على صاحبها لأنها صارت خلاً على حكم ملكه فلزم ردها إليه فإن تلفت ضمنها له لأنها مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب. وإن أراقها فجمعها إنسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الخل لأنه أخذها عبد إتلافها وزوال اليد عنها.

فصل: وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال وإن أتلفه لم يغرمه وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا تجوز إجارته، وإن غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ فمن قال بطهارته أوجب رده لأنه يمكن إصلاحه فهو كالثوب النجس، ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لأنه لا سبيل إلى إصلاحه فإن أتلفه أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمنه لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه، وإن دبغه الغاصب لزم رده إن قلنا بطهارته لأنه كالخمر إذا تخللت، ويحتمل أن لا يجب رده لأنه صار مالاً

---

(١) العاشر: الذي يأخذ عشر المال في الزكاة ونحوها.

بفعلـه . بخلاف الخمر وإن قلنا لا يطهـر لم يجب رده لأنه لا يبـاح الانتفاع بـه ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لأنه نجس يباح الانتفاع به أشبـه الكلب وكذلـك قبل الدبغ .

فصل: وإن كسر صليباً أو مزماراً أو طنبـوراً أو صنماً لم يضمنـه . وقال الشـافعي إن كان ذلـك إذا فصل يصلح لنفـع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفـع مباح لـزمه مـا بـين قيمتـه مفصـلاً ومكسوراً لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانـه وقال أبـو حنيفة يضمن .

ولنا : إنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتـة والدليـل على أنـه لا يحل بيعـه قول النبي ﷺ : «إن الله حرم بيع الخمـر والميتة والخنـزير والأصنـام» متفق عليه وقـال النبي ﷺ : «بعثت بمحق القينات والمعارف» .

فصـل: وإن كسر آنيـة من ذهب أو فضـة لم يضمنهـا لأن اتخـاذهـا محـرم ، وحكي أبـو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن فإن مهنا نقل عنـه فيمن هشم على غـيره ابريقـاً فضة عليه قيمته يصوغه كما كان ، قيل له أليس قـد نهى النبي ﷺ عن اتخاذهـا؟ فسكت. والصحيح أنه لا ضمان عليه نص عليه أحمـد في رواية المروذي. فيمن كسر إبريق فضـة لا ضمان عليـه لأنه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمنـه كالميتـة ورواية مهنـا تدل عـلى أنه رجـع عن قولـه ذلك لكـونه سكت حين ذكر السائل تحريمه ولأن في هذه الرواية أنه قال يصوغـه ولا يحل لـه صناعتـهِ فكيف يجب ذلك .

فصل: وإن كسر آنية الخمر ففيها روايتان :

إحداهما: يضمنها . لأنه مال يمكن الانتفاع به ويحل بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيهـا خمر ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالبيت الذي جعل مخزناً للخمر .

والثانية: لا تضمن لمـا روى الإمام أحمـد في مسنده : «حـدثنا أبـو بكر بن أبي مـريم عن ضمرة بن حبيب قال : قال عبد الله بن عمـر أمرني رسـول الله ﷺ أن آتيه بمـدية وهي الشفـرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيهـا وقال : «اغـد علي بهـا» ففعلت فخرج بـأصحابـه إلى أسواق المدينـة وفيها زقـاق الخمر قـد جلبت من الشام فـأخذ المـدية مني فشق مـا كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين كـانوا معـه أن يمضوا معي ويعـاونوني وأمـرني أن آتي الأسواق كلها فـلا أجد فيهـا زق خمر إلا شققتـه ففعلت فلم أترك في أسـواقها زقـاً إلا شققته . وروي عن أنس قال : كنت أسقي أبا طلحة وأبي بن كعب وأبا عبيدة شراباً من فضيخ[1] فأتانا آت

(١) الفضيح : عصير العنب وشراب يتخذ من البلح.

فقال: إن الخمر قد حرمت. فقال أبو طلحة: قم يا أنس إلى هذه الدنان فاكسرها. وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة إتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات.

فصل: ولا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحر. فإنه لا يضمن بالغصب إنما يضمن بالإتلاف. وإن أخذ حراً فحبسه فمات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال. وإن استعمله مكرهاً لزمه أجر مثله. لأنه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد. وإن حبسه مدة لمثلها أجر ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه أجر تلك المدة. لأنه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد.

والثاني: لا يلزمه. لأنها تابعة لما لا يصح غصبه. فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه. ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجهاً واحداً. لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي.

فصل: وأم الولد مضمونة بالغصب. وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا تضمن. لأن أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغرماء. فأشبهت الحر.

ولنا: إن ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن ولأنها مملوكة. فأشبهت المدبرة وفارقت الحرة فإنها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة.

فصل: وإذا فتح قفصاً على طائر فطار، أو حل دابته فذهبت ضمنها وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه إلا أن يكون أهاجها حتى ذهبا عقيب. وقال أصحاب الشافعي إن وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهبا لم يضمنها وإن ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن لهما اختياراً وقد وجدت منهما المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجىء فإذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئراً فجاء عبد لإنسان فرمى نفسه فيها.

ولنا: إنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة أو أشلى[1] كلباً على صبي فقتله أو أطلق ناراً في متاع إنسان فإن للنار فعلاً لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه. ولأن الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال المانع كمن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا

(١) أشلى كلباً: أغراه على صبي.

لو حل قيد عبد فذهب أو أسير فأفلت وإن فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء إنسان فنفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما. لأن سببه أخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر، وإن وقع طائر إنسان على جدار فنفره إنسان فطار لم يضمنه. لأن تنفيره لم يكن سبب فواته فإنه كان ممتنعاً قبل ذلك وإن رماه فقتله ضمنه وإن كان في داره لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره.

فصل: ولو حل زقاً فيه مائع فاندفق ضمنه سواء خرج في الحال أو خرج قليلاً قليلاً أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط بريح أو بزلزلة الأرض أو كان جامداً فذاب بشمس لأنه تلف بسبب فعله. وقال القاضي لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيها سوى ذلك وهو قول أصحاب الشافعي ولهم فيما أذا ذاب بالشمس وجهان واحتجوا بأن فعله غير ملجىء والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه إنسان.

ولنا: إن فعله سبب تلفه ولم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلاً قليلاً وكما لو جرح إنساناً فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فإنه يضمن، وأما إن دفعه إنسان فإن المتخلل بينهما مباشرة يمكن الإحالة عليها بخلاف مسألتنا ولو كان جامداً فأدنى منه آخر ناراً فأذابه فسال فالضمان على من أذابه. لأن سببه أخص لكون التلف يعقبه. فأشبه المنفر مع فاتح القفص. وقال بعض الشافعية: لا ضمان على واحد منهما كسارقين نقب أحدهما وأخرج آخر المتاع وهذا فاسد لأن مدني النار ألجأه إلى الخروج فضمنه كما لو كان واقفاً فدفقه والمسألة حجة عليه فإن الضمان على مخرج المتاع من الحرز والقطع حد لا يجب إلا بهتك الحرز وأخذ المال جميعاً ثم إن الحد يدرأ بالشبهات بخلاف الضمان، ولو أذابه أحدهما أولاً ثم فتح الثاني رأسه فاندفق فالضمان على الثاني لأن التلف تعقبه وإن فتح زقاً مستعلي الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلاً قليلاً فجاء آخر فكنسه فاندفق فضمان ما خرج بعد التكنيس على المكنس وما قبله على الفاتح لأن فعل الثاني أخص كالجارح والذابح.

فصل: وإن حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تعقب فعله أو تراخى والخلاف فيها كالخلاف في الطائر في القفص.

فصل: إذا أوقد في ملكه ناراً أو في موات فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعد ولأنها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقاً فاندفق لأنه متعد بحله ولأن الغالب خروج المائع من الزق المفتوح وليس الغالب سراية هذا الفعل المعتاد إلى تلف مال غيره وإن كان ذلك بتفريط منه بأن أجج ناراً تسري في العادة لكثرتها أو في ريح

شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وإن سرى إلى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به، وإن أوقد ناراً فأيبست أغصان شجرة غيره ضمنها لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة إلا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمنها لأن دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء.

فصل: وإن ألقت الريح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه حفظه كاللقطة وإن لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها وإن عرف صاحبه لزمه إعلامه فإن لم يفعل ضمنه لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فصار كالغاصب وإن سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لأنه محفوظ بنفسه وإن دخل برجه فأغلق علي الباب ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه لأنه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب وإلا فلا ضمان عليه لأنه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه.

فصل: إذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن وإن لم يكن معها لم يضمن ما أكلته، وإذا استعار من رجل بهيمته فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه على المستعير سواء أتلفت شيئاً لمالكها أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد للمستعير وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً فالضمان على الراعي دون صاحبها لأن إتلافها للزرع في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالمستعير، وإن كان الزرع للمالك فإن كان ليلاً ضمن أيضاً. لأن ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعاً.

فصل: إذا شهد بالغصب شاهدان فشهد أحدهما أنه غصبه يوم الخميس وشهد آخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تتم البينة وله أن يحلف مع أحدهما، وإن شهد أحدهما أنه أقر بالغصب يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر ببعضه يوم الجمعة ثبتت البينة. لأن الإقرار وإن اختلف رجع إلى أمر واحد، وإن شهد أنه أقر أنه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البينة أيضاً، وإن شهد له واحد وحلف معه ثبت الغصب فلو كان الغاصب حلف بالطلاق أنه لم يغصبه لم نوقع طلاقه لأن الشاهد واليمين بينة في المال لا في الطلاق. والله أعلم.

كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه، وهي ثابتة بالسنة والإجماع. أما السنة: فما روي عن جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة». متفق عليه، ولمسلم قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة[1] أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به» وللبخاري: إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وأما الإجماع: فقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط. والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص، فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر، فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه. ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم فإنه قال: لا تثبت الشفعة لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك. فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله، والجواب عما ذكره من وجهين:

أحدهما: أنا نشاهد الشركاء يبيعون، ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء.

الثاني: أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة واشتقاق

---

(١) الربعة: المنزل والحائط والبستان.

الشفعة من الشفع وهو الزوج، فإن الشفيع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به. وقيل اشتقاقها من الزيادة لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه.

مسألة: قال أبو القاسم: (ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة).

وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل، إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاء منه وإجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الأصم لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحة، فلا تثبت إلا بشروط أربعة:

أحدها: أن يكون الملك مشاعاً غير مقسوم فأما الجار فلا شفعة له وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي: الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة: يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب. فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة، وقال العنبري، وسوار: تثبت بالشركة في المال وبالشركة في الطريق، واحتجوا بما روى أبو رافع قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بصقبه»[1] رواه البخاري وأبو داود، وروى الحسن عن سمرة: أن النبي ﷺ قال: «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي قال: حديث حسن صحيح؛ ورواه الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائباً إذا كان طريقهما واحد» وقال حديث حسن ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة.

ولنا: قول النبي ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو عنهما ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطالب الداخل المقاسمة، فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم. فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة، فإن الصقب القرب. يقال بالسين والصاد. وقال الشاعر:

كوفية نازح محلتها لا أمم دارها ولا صقب

---

(١) كذا في الأصل بالصاد، وفي صحيح البخاري بالسين ومعناه القرب يعني أن الجار بسبب قربه أحق بالشفعة.

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك، وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقية الأحاديث في أسانيدها مقال. فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة. قاله أصحاب الحديث قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله ﷺ، حديث جابر الذي رويناه وما عداه من الأحاديث فيها مقال على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضاً ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً. قال الشاعر:

أجارتنا بيني فإنك طالقه كذاك أمور الناس غادٍ وطارقه

قال الأعشى: وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج قال حمل بن مالك: كنت بين جارتين لي فضربت إحداهما الأخرى بمسطح[1] فقتلتها وجنينها، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً.

إذا ثبت هذا: فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة. قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وقعت الحدود فلا شفعة وقال في رواية أبي طالب، وعبد الله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر، لم يحلف. إنما هو اختيار، وقد اختلف الناس فيه. قال القاضي: إنما هذا لأن يمين المنكر ها هنا على القطع والبت، ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف، ويمكن أن يحمل كلام أحمد ها هنا على الورع لا على التحريم، لأنه يحكم ببطلان مذهب المخالف، ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى.

فصل: الشرط الثاني: أن يكون المبيع أرضاً لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها، وأما غيرها فينقسم قسمين:

أحدهما: تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض، وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض بغير خلاف في المذهب، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً. وقد دل عليه قول النبي ﷺ وقضاؤه بالشفعة، في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار.

القسم الثاني: ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً. وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض، فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله، لأنه متصل بما فيه الشفعة. فيثبت فيه الشفعة تبعاً، كالبناء والغراس.

ولنا: إنه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة، لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى

---

(١) المسطح: عمود الخيمة .

المشتري، فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لأنها تتبع في البيع فأشبهت الغراس في الأرض، وأما ما بيع مفرداً من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار، أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفرداً. وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والأوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة وإسحاق: لا شفعة في المنقولات. واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما في معنى ذلك، قال أبو الخطاب: وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والغراس وإن بيع مفرداً، وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام: «الشفعة فيما لم يقسم» ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم ولأن ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال: «الشفعة في كل شيء».

ولنا: إن قول النبي ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» لا يتناول إلا ما ذكرناه وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض بدليل قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» ولأن هذا مما لا يتباقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرد في الكتب الموثوق بها، والحكم في الغراق[1] والدولاب والناعورة كالحكم في البناء فأما إن بيعت الشجرة مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من الأرض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار ولأن هذا مما لا ينقسم على ما سنذكره ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن القرار تابع لها إذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيها تبعها، وإن بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فإن كان السقف الذي تحته لصاحب السفل فلا شفعة في العلو لأنه بناء مفرد وإن كان لصاحب العلو فكذلك لأنه بناء منفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة لأن له قراراً فهو كالسفل.

فصل: الشرط الثالث: أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة [2] والطريق الضيقة والعراص[3] الضيقة فعن أحمد فيها روايتان:

إحداهما: لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعي.

والثانية: فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن سريج وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام« الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الألفاظ العامة، ولأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره والأول ظاهر المذهب لما

(١) الغراق: بتشديد الراء النهر الكثير الماء.
(٢) العضادة: ما يسد به حول الحوض والطريق.
(٣) العراص: جمع عرصة وهي فناء البيت.

روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في رؤوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: «لا شفعة في بئر ولا فحل، ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم إن الضرر ها هنا أكثر لتأبده، قلنا: إلا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة.ها هنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الإلحاق فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث إذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع به حماماً فإن الشفعة تجب فيه، وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان كالبئر ينقسم بئرين يرتقي الماء منهما وجبت الشفعة، وكذلك إن كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر في أحد النصيبين وجبت الشفعة أيضاً لأنه تمكن القسمة وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل واحد منهما بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يمكن إلا أن يحصل لكل واحد منهما ما لم يتمكن من إبقائها رحى لم تجب الشفعة، فأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لأنه لا شركة لأحد في ذلك، وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضاً لأن إثبات ذلك يضر بالمشتري لأن الدار تبقى لا طريق لها، وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا في طريق المبيع مع الدار فإن كان ممراً لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه وإن كان تمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجبت فيه الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر مع ما في الأخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشتري وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهليز الجار وصحته كالقول في الطريق المملوك، وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لأن في ثبوتها تبعيض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر.

فصل: **الشرط الرابع**: أن يكون شقصاً منتقلاً بعوض وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بقيمته وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري لأن إقدام

المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته إليه فانتزاعه منه أعظم ضرراً من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه.

ولنا: إنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به إليه ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا فأما المنتقل بعوض فينقسم قسمين:

أحدهما: ما عوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث جابر فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنايات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار.

ولنا: إنه يملكها بعوض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فإنه ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق .

القسم الثاني: ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث والعكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي. ثم اختلف بم يأخذه؟ فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمته قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد إن كان الشقص صداقاً أو عوضاً في خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي والشافعي لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة كما لوَ باعه بعرض، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبه البيع.

ولنا: إنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالموروث فيتعذر أخذه، ولأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به فأشبه الموهوب والموروث، وفارق البيع فإنه أمكن الأخذ بعوضه فإن قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها

لأنه موجود في يدها بصفته وإن طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لأن ملكها زال عنه فهو كما لو باعته وإن طلق قبل علم الشفيع ثم علم ففيه وجهان:

أحدهما: حق الشفيع مقدم لأن حقه أسبق لأنه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق.

الثاني: حق الزوج أولى. لأنه ثبت بالنص والإجماع. والشفعة ها هنا لا نص فيها ولا إجماع فأما إن عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الأخذ منه وكذلك إن جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله إلى الزوج لم يستحق الشفيع أخذه لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص إلى العاقد كرده بعيب أو مقابلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن وقد ذكرنا في الإقالة رواية أخرى أنها بيع فتثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وإن عفا عن الشفعة في البيع ثم تقايلا فله الأخذ بها.

فصل: وإذا جنى جنايتين عمداً وخطأ فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها إن موجب العمد القصاص عيناً وإن قلنا موجبه أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع. وقال أبو حنيفة: لا شفعة في الجميع لأن في الأخذ بها تبعيض الصفقة على المشتري.

ولنا: إن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولأن الصفقة جمعت ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وبهذا الأصل يبطل ما ذكره، وقول أبي حنيفة أقيس لأن في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا ما لا نفع فيه فأشبه ما لو أراد أحد الشفيعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف، وأما إذا قلنا إن الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضاً عن المال.

فصل: ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده، أيهما كان. وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لأن في الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع في حقه بغير رضائه ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك إليه وإن كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك إليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وعامة ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كالمذهبين.

ولنا: إنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين

الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائع فإننا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع وتفويت حق الرجوع عليه في عين مالهما وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار عالماً ببيع الأول سقطت شفعته وثبتت الشفعة فيما باعه للمشتري الأول في الصحيح من المذهب، وفي وجه آخر أنه يثبت للبائع بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منهما وإن باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لأن ملكه زال قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على تخريج أبي الخطاب أن لا تسقط شفعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الأول وللمشتري الأول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفيع من مشتريه لأنه كان شريكاً للشفيع حين بيعه.

فصل: وبيع المريض كمبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الأحكام إذا باع بثمن المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لأنه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي.

ولنا: إنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع. الصحة فيما سواه كالأجنبي إذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لأن الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته، فأما بيعه بالمحاباة فلا يخلو إما أن يكون لوارث أو لغيره فإن كان لوارث بطلت المحاباة لأنها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوارث لا تجوز ويبطل البيع في قدر المحاباة من المبيع، وهل يصح فيما عداه؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يصح لأن المشتري بذل الثمن في كل المبيع فلم يصح في بيعه كما لو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح كتفريق الصفقة.

والثاني: أنه يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ لأن الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لأن البطلان إنما جاء من المحاباة فاختص بما يقابلها.

الثالث: أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لأن الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك المحاباة له فإن أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الأخذ به لأنه يأخذ بالثمن وإن ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردهم لأن حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع. لأنه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيبه.

القسم الثاني: إذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبي فإن لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ بها بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً وإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وإن كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان:

أحدهما: له الأخذ بالشفعة لأن المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالاً فأخذه الوارث.

والثاني: يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه في المحاباة ويفارق الهبة لغريم الوارث لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه فافترقا. ولأصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين.

والثالث: أن البيع باطل من أصله لإفضائه إلى إيصال المحاباة إلى الوارث وهذا فاسد لأن الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الأصل ببطلان فرع له، وعلى الوجه الأول ما حصلت للوارث المحاباة إنما حصلت لغيره ووصلت إليه بجهة الأخذ من المشتري. فأشبه هبة غريم الوارث.

الوجه الرابع: أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة، بالنصف مثلاً هبة للنصف وهذا لا يصح لأنه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الأجنبي أخذ الكل. لأن الموهوب لا شفعة فيه.

الخامس: أن البيع يبطل في قدر المحاباة وهذا فاسد. لأنها محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا تبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعاً.

فصل: ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك إذا كان الثمن والشقص معلومين لا يفتقر إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي. وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لأن البيع السابق سبب فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع انضم إليه القبول. وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهراً فافتقر إلى حكم الحاكم كأخذ دينه.

ولنا: إنه حق ثبت بالنص والإجماع فلم يفتقر إلى حاكم كالرد بالعيب وما ذكروه ينقض بهذا الأصل ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يتملكه قهراً فملكه بالأخذ كالغنائم والمباحات وباللفظ الدال على الأخذ لأنه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فانتقل باللفظ الدال عليه، وقولهم يملك بالمطالبة بمجردها لا يصح لأنه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة ولوجب أنه إذا كان له شفيعان فطلبا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه. إذا ثبت هذا فإنه إذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الأخذ وملك الشقص

ولا خيار له ولا للمشتري لأن الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو الثمن لعيب في المبيع وإن كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لأنه بيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الأخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب.

فصل: وإذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وإن كان في يد البائع أخذه منه وكان كأخذه من المشتري هذا قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة لأن العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كما لو قبضه المشتري. وقال القاضي: ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره، وبنوا ذلك على أن المبيع لا يتم إلا بالقبض فإذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة.

فصل: وإذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان:

أحدهما: للشفيع الأخذ بالشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني.

والثاني: ليس له الأخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر في مسائله وهو قول مالك وأبي شريح لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه ووجه الأول أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فإذا سقط حق المشتري بإنكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما؛ ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه. فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع إليك الدين الذي تدعيه ولا تخاصمه لا يلزمه قبوله فهل لا قلتم ها هنا كذلك؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وها هنا بخلافه ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا المبيع فصار كالنائب عن المشتري في دفع الثمن والبائع كالنائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقال للمشتري إما أن تقبضه وإما أن تبرىء منه.

والثاني: يأخذه الحاكم عنده.

والثالث: يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لأحدهما وإن تداعياه جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً هذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً إنما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه.

مسألة: قال: (ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له).

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع وإلا بطلت. نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال: الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم. وهذا قول ابن شبرمة والبتي والأوزاعي وأبي حنيفة والعنبري والشافعي في أحد قوليه. وحكي عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك. وهذا قول مالك وقول الشافعي إلا أن مالكاً قال تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام، وهو قول الشافعي لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حداً لهذا الخيار والله أعلم.

ولنا: ما روى ابن السلماني عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله ﷺ: «الشفعة كحل العقال ـ وفي لفظ أنه قال ـ الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها» وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الشفعة لمن واثبها» رواه الفقهاء في كتبهم لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على البيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والأصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد: يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول أبي حنيفة فمتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيها القبض كالقبض حالة العقد وظاهر كلام الخرقي أنه لا يتقدر بالمجلس بل متى بادر فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول الشافعي لما ذكرنا من الخبر والمعنى وما ذكروه يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته، وإن أخرها لعذر مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسننها أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها شفعته لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها

فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفعته تبطل بتركه المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه. فأما مع غيبته فلا لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته لأنه طلب بحكم العادة. وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري فإذا لقيه بدأ السلام لأن ذلك السنة وقد جاء في الحديث «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه» ثم يطالب وإن قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملته والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضى. وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمنا.

فصل: فإن أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعته سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أو لا يقبل لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه. وإن قال لم أصدقه وكان المخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفعته لأن قولهما حجة تثبت بها الحقوق. وإن كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفعته. وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لأنه خبر يعمل به في الشرع في الإذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل.

ولنا: إنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبه قول الطفل والمجنون وإن أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفعته ويحتمل أن لا تسقط ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لأن الواحد لا تقوم به البينة.

ولنا: إنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الأخبار الدينية. وفارق الشهادة فإنه يحتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره ولأن الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه. بخلاف هذا الخبر، والمرأة في ذلك كالرجل والعبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لأن قولهما لا يثبت به حق.

ولنا: إن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحر كالرواية والأخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبه الحر.

فصل: إذا أظهر المشتري أن الثمن مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه سلم ورضي.

ولنا: إنه تركها للعذر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم، وكذلك إن أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو أظهر أنهما تبايعا بدنانير فبان أنها دراهم أو بدراهم فبانت دنانير وبهذا قال الشافعي وزفر. وقال أبو حنيفة وصاحباه إن كانت قيمتهما سواء سقطت الشفعة لأنهما كالجنس الواحد.

ولنا: إنهما جنسان فأشبها الثياب والحيوان ولأنه قد يملك بالنقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه له، وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعوض أو بعرض فبان أنه بنقد أو بنوع من العرض فبان أنه بغيره أو اشتراه مشتر فبان أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره فبان أنه اشتراه له أو أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى شركة إنسان دون غيره وقد يحابي إنساناً أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك إن أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو أو غيره أو أنه اشتراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه، فأما إن أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت شفعته لأن الضرر فيما أبطنه أكثر فإذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره فالكثير أولى.

فصل: وإن لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لأخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لأن ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة فإنها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه، وإن قال نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته لأنها خيار على الفور فإذا أخره نسياناً بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً، ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لأنه تركها لعذر فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وإن تركها جهلاً باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب.

فصل: وإذا قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفعته لأنه لا يدل على رضاه بشرائه وتركه للشفعة. وإن قال صالحني على مال سقطت أيضاً وقال القاضي لا تسقط لأنه لم يرض بإسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة.

ولنا: إنه رضي بتركها وطلب عوضها فيثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بعني فلم يبعه ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، فإن صالحه عنها بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك يصح لأنه عوض عن إزالة ملك فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها.

ولنا: إنه خيار لا يسقط إلى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط ويبطل ما قاله بخيار الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بعوض وها هنا بخلافه.

فصل: وإن قال آخذ نصف الشقص سقطت شفعته وبهذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي. وقال أبو يوسف لا تسقط لأن طلبه ببعضها طلب بجميعها لكونها لا تتبعض ولا يجوز أخذ بعضها.

ولنا: إنه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيها لأنها لا تتبعض ولا يصح ما ذكره فإن طلب بعضها ليس بطلب لجميعها وما لا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالنكاح، ويخالف السقوط فإن الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق والعتاق..

فصل: وإن أخذ الشقص بثمن مغصوب ففيه وجهان:

أحدهما: لا تسقط شفعته لأنه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة فإذا عينه فيما لا يملكه سقط التعيين وبقي الاستحقاق في الذمة فأشبه ما لو أخر الثمن أو كما لو اشترى شيئاً آخر ونقد فيه ثمناً مغصوباً.

والثاني: تسقط شفعته لأن أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له وإعراض عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها.

فصل: ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالماً بذلك سقطت شفعته لأنه لم يبق له ملك يستحق به ولأن الشفعة ثبتت له لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه، وإن باع بعضه ففيه وجهان:

أحدهما: تسقط أيضاً لأنها استحقت بجميعه فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة فيسقط باقيها لأنها لا تتبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالنكاح والرق وكما لو عفي عن بعضها.

والثاني: لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك إذا بقي وللمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني في المسألة الأولى. وفي الثانية إذا قلنا تسقط شفعة البائع الأول لأنه شريك في المبيع وإن قلنا: لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الأول، وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان:

أحدهما: له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نماءه وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده.

والثاني: لا شفعة له. لأن ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد. فعلى هذا للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني. سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يأخذ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين، فأما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع

الأول فقال القاضي: تسقط شفعته أيضاً لما ذكرناه. ولأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى معيباً فلم يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه. فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب: لا تسقط شفعته لأنها تثبت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والأصل بقاؤها فتبقى، وفارق ما إذا علم فإن بيعه دليل على رضاه بتركها، فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الأول فإن عفي عنه فللمشتري الأول أخذ الشقص من المشتري الثاني وإن أخذ منه فهل للمشتري الأول الأخذ من الثاني؟ على وجهين.

مسألة: قال (ومن كان غائباً وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وإن طالت غيبته).

وجملة ذلك: أن الغائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن شريح والحسن وعطاء، وبه قال مالك والليث والثوري والأوزاعي والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي، وروي عن النخعي: ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلي والبتي إلا للغائب القريب لأن إثبات الشفعة له يضر بالمشتري ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه فلم يثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخي.

ولنا: عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالإرث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يندفع بإيجاب القيمة له كما في الصورة المذكورة. إذا ثبت هذا: فإنه إذا لم يعلم بالبيع إلا وقت قدومه فله المطالبة وإن طالت غيبته لأن هذا الخيار يثبت لإزالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحق وإلا بطلت شفعته وحكم المريض والمحبوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب لما ذكرنا.

مسألة: قال: (وإن علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له).

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الإشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفعته تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد: في رواية أبي طالب في الغائب له الشفعة إذا بلغه أشهد وإلا فليس له شيء وهو وجه للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج إلى الإشهاد لأنه ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك. فقبل قوله فيه.

ولنا: إنه قد يترك الطلب لل[illegible] وقد يترك[illegible]غيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره، وقد قدر أن يبين ذلك بالإشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفعته كتارك الطلب مع حضوره، وقال

القاضي: إن سار عقيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إشهاد. احتمل أن لا تبطل شفعته لأن ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والعنبري وقول للشافعي، وقال أصحاب الرأي له من الأجل بعد العلم قدر السير فإن مضى الأجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفعته وقال العنبري له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً لأن عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الخرقي: ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الإشهاد في سفره أن شفعته لا تسقط لأنه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الإشهاد فأخره كان كتأخير الطلب للشفعة إن كان لعذر لم تسقط الشفعة وإن كان لغير عذر سقطت، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب. ومن لم يقدر إلا على إشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الإشهاد لم تسقط شفعته بتركه لأن قولهم غير معتبر فلم يلزم إرشادهم كالأطفال والمجانين، وإن لم يجد من يشهده إلا من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفعته لا تبطل لأن إشهاده لا يفيد فأشبه إشهاد من لا تقبل شهادته فإن لم يجد إلا مستوري الحال فلم يشهدهما احتمل أن تبطل شفعته لأن شهادتهما يمكن إثباتها بالتزكية فأشبها العدلين. ويحتمل أن لا تبطل لأنه يحتاج في إثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وإن أشهدهما لم تبطل شفعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لأنه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبه العاجز عن الإشهاد. كذلك إن لم يقدر إلا على إشهاد واحد فأشهده أو ترك إشهاده.

فصل: إذا أشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع إمكانه فظاهر كلام الخرقي أن الشفعة بحالها. وقال القاضي: تبطل شفعته وإن لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها. فلم يفعل بطلت أيضاً لأنه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي. إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين:

أحدهما: لا تسقط شفعته. لأن له غرضاً بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخالف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه إقراره فكان معذوراً.

ولنا: إن عليه في السفر ضرراً لالتزامه كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيبته والتوكيل إن كان بجعل لزمه غرم وإن كان بغير جعل لزمته منة ويخاف الضرر من جهته فاكتفى بالإشهاد فأما إن ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهاً واحداً لأنه معذور فأشبه من لم يعلم وإن لم يقدر على الإشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفعته لأنه تارك للطلب بها مع إمكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً.

فصل: ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والألم القليل فهو كالصحيح وإن كان مرضاً يمنع المطالبة كالحمى وأشباهها فهو كالغائب في الإشهاد والتوكيل. وأما المحبوس فإن كان محبوساً ظلماً أو بدين لا يمكنه أداؤه فهو كالمريض فإن كان محبوساً بحق

يلزمه أداؤه وهو قادر عليه فهو كالمطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفعته لأنه تركها مع القدرة عليها.

مسألة: قال: (فإن لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فإن طالب الأول رجع الثاني بالثمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني).

وجملة ذلك: أن المشتري إذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفيع أو قبل علمه فتصرفه صحيح لأنه ملكه وصح قبضه له ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين في البيع معيباً لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه، فمتى تصرف فيه تصرفاً صحيحاً تجب به الشفعة مثل أن باعه فالشفيع بالخيار إن شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأول بثمنه لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري. وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لأنه شفيع في العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما، وإن تبايع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول وينفسخ العقدان الأخيران وله أن يأخذه بالثاني وينفسخ الثالث وحده: وله أن يأخذه بالثالث. ولا ينفسخ شيء من العقود، فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به وإن أخذ من الثاني الثمن دفع إليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لأنه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بثمنه على الثاني لأنه أخذه منه، وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به وانفسخ عقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الأول بما أعطاه، فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة وأخذ الثاني من الأول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً. وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي، وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا، وإن كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً فقال أبو بكر: للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به. وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي. لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما. فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى. ولأن حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى. فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه. ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين. فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم إبطال العتق فالوقف أولى. وقال القاضي: المنصوص عن أحمد

في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد إسقاط الشفعة فيها إذا تصرف بالوقف والهبة. وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف. لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً. وقال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها. ولأن في الشفعة ها هنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه. لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع. فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر. ولأن ثبوت الشفعة ها هنا يوجب رد العوض إلى غير المالك وسلبه عن المالك. فإذا قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام. وإن قلنا بثبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن إلى المشتري. وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له. لأنه يأخذ ملكه.

ولنا: إن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة.

فصل: فإن جعله صداقاً أو عوضاً في خلع أو صلح عن دم عمد انبنى ذلك على الوجهين في الأخذ بالشفعة. فإن قايل البائع المشتري أو رده عليه بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد والأخذ بالشفعة. لأن حقه سابق عليهما ولا يمكنه الأخذ معهما وإن تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع. لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك. فإذا بطل حق المشتري بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخهما ويأخذ لأن حقه أسبق.

فصل: وإن اشترى شقصاً بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيباً فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع، لأن في تقديم حق الشفيع إضراراً بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعة لا تثبت لإزالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فإن الضرر لا يزال بالضرر. وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقدم حق الشفيع. لأن حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشقص عيباً فرده.

ولنا: إن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق. لأنه استند إلى وجود العيب وهو موجود لاحال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقاً وفي الشفعة إبطاله فلم تثبت، ويفارق ما إذا كان الشقص معيباً. فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد. وفي مسألتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة فافترقا. فإن لم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع. لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي فإن الشفعة بيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لأنه بمنزلة التالف. والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجعان؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يتراجعان. لأن الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه. بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً. لأن إنما أعطى عبداً معيباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى.

والثاني: يتراجعان. لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص. فإذا قلنا يتراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه. وإن لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء. لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير معيب. وإن أدى قيمته معيباً رجع المشتري عليه بما أدى من أرشه. وإن عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وإن عاد الشقص إلى المشتري ببيع أو هبة أو إرث أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الأول، لأن ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه إلى القيمة. فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده فأدى قيمته ثم قدر عليه فإنه يرده لأن ملك المغصوب لم يزل عنه.

فصل: ولو كان ثمن الشقص مكيلاً أو موزوناً فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة. لأنه تعذر التسليم فتعذر إمضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الإقالة والرد بالعيب وإن كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسألة التي قبلها. لأن لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبي.

فصل: وإن اشترى شقصاً بعبد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك إلى المشتري وهو العقد الصحيح فأما الباطل فوجوده كعدمه. فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا ببينة أو إقرار من الشفيع والمتبايعين. فإن أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الأخذ بالشفعة ويرد العبد على صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص. وإن أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن. وإن أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء: لأن البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر، وإن أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين فأما إن اشترى الشقص بثمن في الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة. لأن البيع صحيح فإن تعذر قبض الثمن من المشتري لإعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع. لأن الأخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه ثمناً فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى.

فصل: وإذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن إلى المشتري فقال البائع للشفيع: أقلني. فأقاله لم تصح الإقالة. لأنها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري. فإن باعه إياه صح البيع لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

مسألة: قال: (وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة).

وجملة ذلك: أنه إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والأوزاعي والشافعي وسوار العنبري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له. وروي ذلك عن النخعي والحارث العكلي لأن الصبي لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمشتري وليس للولي الأخذ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ.

ولنا: عموم الأحاديث. ولأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب. وقولهم لا يمكن الأخذ غير صحيح فإن الولي يأخذ بها كما يرد المعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيه وبالرد بالعيب، فإن ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولأن في الأخذ تحصيلاً للملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع. ولأن العفو إسقاط لحقه والأخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولى عليه ملك إسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه. وإن لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب وما ذكروه من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب.

إذا ثبت هذا: فإن ظاهر قول الخرقي: أن للصغير إذا كبر الأخذ به سواء عفا عنها الولي أو لم يعف وسواء كان في الأخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة إذا بلغ فاختار ولم يفرق وهذا قول الأوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها سواء كان له الحظ أو لم يكن فلم يسقط بترك غيره كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها. وقال أبو عبد الله بن حامد إن تركها الولي لحظ الصبي أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهذا ظاهر مذهب الشافعي لأن الولي فعل ما له فعله فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي فصح كالأخذ مع الحظ وإن تركها لغير ذلك لم تسقط. وقال أبو حنيفة: تسقط بعفو الولي عنها في الحالين لأن من ملك الأخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لأنه أسقط حقاً للمولى عليه لاحظ له في إسقاطه فلم يصح كالإبراء وإسقاط خيار الرد بالعيب ولا يصح قياس الولي على المالك لأن للمالك التبرع والإبراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي.

فصل: فأما الولي فإن كان للصبي حظ في الأخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بثمن المثل وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الأخذ بالشفعة لأن عليه الاحتياط له والأخذ بما

فيه الحظ فإذا أخـذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضـه بعد البلوغ في قـول أكثر أهـل العلم منهم مـالك والشـافعي وأصحاب الـرأي، وقال الأوزاعي ليس للولي الأخـذ بها لأنـه لا يملك العفو عنها فلا يملك الأخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر، ولا يصح هذا لأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فملكه الولي في حق الصبي كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قيـاسه فيما مضى فإن تركها الولي مع الحظ فللصبي الأخذ بها إذا كبر ولا يلزم الولي لـذلك غـرم لأنه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ما له الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار مع الحظ في شرائه وإن كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الأخذ بهـا يحتاج إلى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الأخذ لأنه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيـه فإن أخـذ فهل يصح؟ على روايتين:

إحداهما: لا يصح ويكون باقياً على ملك المشتري لأنـه اشترى لـه ما لا يملك شراءه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيباً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فإنه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا ها هنا وهذا مذهب الشافعي.

والرواية الثانية: يصح الأخذ للصبي. لأنه يشتري له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيباً لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويخفى فقـد يكون لـه حظ في الأخذ بـأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة أو لأن الضرر الذي يندفـع بأخـذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع.

فصل: وإذا باع وصي الأيتام فباع لأحدهم نصيباً في شركة آخر كـان له الأخـذ للآخـر بالشفعة لأنه كالشراء له وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه لم يكن له الأخذ لأنه متهم في بيعه ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ لليتيم بـالشفعة إذا كان له الحظ فيها لأن التهمة منتفية فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافقه ولأن الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فإنه يمكنه تقليل الثمن ليـأخذ الشقص بـه فإذا رفـع الأمر إلى الحـاكم فباع عليـه فللوصي الأخـذ حينئـذ لعـدم التهمـة، وإن كان مكـان الوصي أب فبـاع شقص الصبي فله أن يـأخـذه بـالشفعـة لأن لـه أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة وإن بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليـه أن يأخـذ له بالشفعة لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية وإذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر.

فصل: وإذا عفا ولي الصبي عن شفعته التي له فيها الحظ ثم أراد الأخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لأنها لم تسقط بإسقاطه ولذلك ملك الصبي الأخذ بها إذا كبر ولو سقطت لم يملك الأخـذ بها ويحتمـل أن لا يملك الأخذ بهـا لأن ذلك يؤدي إلى ثبـوت حق الشفعة عـلى التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر لأن الحق يتجدد له عند كبره فلا

يملك تأخيره حينئذ وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم فأما إن تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الأخذ بها والأمر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وإن صار فيها حظ أو كان معسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فإن قلنا لا تسقط وللصبي الأخذ بها إذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وإن قلنا تسقط فليس له الأخذ بها بحال لأنها قد سقطت على الإطلاق فأشبه ما لو عفا الكبير عن شفعته.

فصل: والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لأنه محجور عليه لحظه وكذلك السفيه لذلك، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والمجنون ينتظر إفاقته، وأما المفلس فله الأخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الأخذ بها لأن الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ولا إجباره على الأخذ بها لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم إجباره على العفو لأنه إسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الأخذ بها أو لم يكن لأنه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لأنه مال له فأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الأخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليه لأن التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من العبيد فله الأخذ بالشفعة لأنه مأذون له في الشراء وإن عفا عنها لم ينفذ عفوه لأن الملك لسيده ولم يأذن له في إبطال حقوقه، وإن أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد أن يأخذ لأن للسيد الحجر عليه، ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط بإسقاطه.

فصل: وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها فإن تركها فلرب المال الأخذ لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لأن الملك لغيره فلم ينفذ عفوه كالمأذون له وإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة؟ على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الأخذ بها لأن الملك لغيره وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك وإن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا فإن باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لأنه متهم فأشبه شراءه من نفسه.

فصل: ولا شفعة بشركة الوقف ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالمجاور وغير المنقسم ولأننا إن قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام لأنه لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكاً تاماً. وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لأنه مملوك بيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لأن الأخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه.

مسألة: قال: (وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه فله ذلك إذا لم يكن في أخذه ضرر).

وجملته: أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل:

منها: أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الأخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبني المشتري ويغرس فيه.

ومنها: أو يكون غائباً فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك إن كان غائباً أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فإن للمشتري قلع غرسه وبنائه إن اختار ذلك لأن ملكه فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الأرض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص إنما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن، وظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لأنه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره لأجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لإخراج ديناره منها، وقولهم إن النقص حصل في ملكه ليس كذلك فإن النقص الحاصل بالقلع إنما هو في ملك الشفيع فأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكروه فإن لم يختر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الأرض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع. وبهذا قال الشعبي والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبتي وسوار وإسحاق، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لأنه بنى فيما استحق غيره أخذه فأشبه الغاصب ولأنه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبه ما لو بانت مستحقة.

ولنا: قول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك ولأنه بنى في ملكه الذي تملك بيعه فلم يكلف قلعه مع الإضرار كما لو لم يكن مشفوعاً، وفارق ما قاسوا عليه فإنه بنى في ملك غيره ولأنه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسألتنا فإنه غير ظالم فيكون له حق.

إذا ثبت هذا: فإنه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقاً للبقاء في الأرض لأنه لا يستحق ذلك، ولا قيمته مقلوعاً لأنه لو وجبت قيمته مقلوعاً لملك قلعه ولم يضمن شيئاً ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الأرض تقوم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خالية منهما فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ما نقص منه إن اختار القلع لأن ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء. مستحقاً للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه فإن كان للغرس

وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وإن قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لأنه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتماله، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة.

فصل: وإن زرع في الأرض فللشفيع الأخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد. لأن ضرره لا يتباقى ولا أجرة عليه لأنه زرعه في ملكه، ولأن الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع فكان له مبقي إلى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع، وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشتري فهو له مبقي إلى الجذاذ كالزرع.

فصل: وإذا نما المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين:

أحدهما: أن يكون نماء متصلاً كالشجر إذا كثر أو ثمرة غير ظاهرة. فإن الشفيع يأخذه بزيادته. لأن هذه زيادة غير متميزة فتبعت الأصل كما لو رد بعيب أو خيار أو إقالة. فإن قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول؟ قلنا: لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالعين وفي مسألتنا إذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائع، وإذا أخذ الأصل تبعه نماؤه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها.

الحال الثاني: أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والأجرة والطلع المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لا حق للشفيع فيها لأنها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبقاة في رؤوس النخل إلى الجذاذ. لأن أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه، فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة، ويأخذ الأرض والنخيل بحصتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً.

فصل: وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه. لأنه ملكه تلف في يده ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه للبناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم، ثم إن كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهذا قول الثوري والعنبري وأبي يوسف وقول الشافعي. وقال أبو عبد الله بن حامد: إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك. وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي. لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء فيكون الأخذ منه إضراراً به والضرر لا يزال بالضرر.

ولنا: إنه تعـذر على الشفيـع أخذ الجميـع وقدر عـلى أخذ البعض فكـان له بـالحصة من الثمن كما لو تلف بفعل آدمي سواه أو كما لو كان له شفيـع آخر، أو نقـول أخذ بعض مـا دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف، وأمـا الضرر فإنمـا حصل بـالتلف ولا صنع للشفيـع فيه والـذي يأخـذه الشفيع يؤدي ثمنـه فلا يتضرر المشـتري بأخـذه، وإنما قلنـا يأخـذ الأنقاض وإن كانت منفصـلة لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيـع وفي تلك الحال كـان متصـلاً اتصالاً ليس مـآله إلى الانفصـال وانفصالـه بعد ذلـك لا يسقط حق الشفعة، ويفـارق الثمرة غير المؤبرة إذا تأبـرت فإن مـآلها إلى الانفصـال والظهـور فإذا ظهـرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس لـه إلا الأخذ بجميـع الثمن أو الترك. لأن هـذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان، ولهـذا قلنا لـو بنى المشتري أعـطاه الشفيع قيمـة بنائـه، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة.

مسألة: قال: (وإن كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك، وإن كان عرضاً أعطاه قيمته).

وجملته: أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليـه العقد لمـا روي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال: «هـو أحق بالثمن» رواه أبـو إسحاق الجـوزجاني في كتـابه. ولأن الشفيـع إنما استحق الشقص بـالبيع فكـان مستحقاً لـه بالثمن كـالمشـتري. فـإن قيـل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكه فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره. قلنـا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خـاصة فكـان المرجـع في بدلـه إلى قيمته والشفيـع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة، وإذا استحق ذلك بالبيـع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع.

إذا ثبت هذا: فإنا ننظر في الثمن فإن كان دنانير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله، وإن كـان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمـة الثمن وهذا قـول أكثر أهـل العلم وبـه يقـول أصحـاب الـرأي والشـافعي وحكي عن الحسن وسـوار أن الشفعـة لا تجب ها هنا. لأنها تجب بمثل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن.

ولنا: إنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي وما ذكروه لا يصح. لأن المثـل يكون من طـريق الصورة ومن طـريق القيمة كبـدل المتلف، فأمـا إن كان الثمن من المثليـات غير الأثـمان كالحبـوب والأدهان فقـال أصحابنـا يأخـذه الشفيع بمثله. لأنـه من ذوات الأمثال فهو كالأثمان وبه يقول أصحاب الرأي وأصحـاب الشافعي. ولأن هـذا مثل من طـريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في إحداهما. ولأن الواجب بـدل الثمن فكان مثله كبـدل القرض والمتلف.

فصل: ويستحق الشفيع الشقص بـالثمن الذي استقـر عليه العقـد فلو تبايعـا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع. لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه، ولأن زمن الخيار بمنـزلة حـالة العقد، والتغيير يلحق بالعقد فيه لأنهما على اختيارهما فيه كما لو كان حال العقد، فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقـد لأن الزيـادة بعده هبـة يعتبر لهـما شروط الهبة والنقص إبراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبهـذا قال الشـافعي، وقال أبـو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة، وإن كانا عنده يلحقان بالعقـد. لأن الزيـادة تضر الشفيع فلم يملكها بخلاف النقص، وقال مالك إن بقي ما يكون ثمناً أخـذ به، وإن حط الأكـثر أخذه بجميع الثمن الأول.

ولنا: إن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة. ولأن الشفيـع استحق الأخذ بالثمن الأول قبل التغيير فلم يؤثر التغيير بعد ذلك فيه كالـزيادة، ومـا ذكروه من العذر غير صحيح. لأن ذلك لو لحق العقد لـزم الشفيع، وإن أضر بـه كالـزيادة في مـدة الخيار ولأنه حط بعد لزوم العقد، فأشبه حط الجميع أو الأكثر عند مالك.

فصل: وإن كان الثمن مما تجب قيمته فـإنها تعتبر وقت البيـع لأنه وقت الاستحقـاق ولا اعتبـار بعد ذلـك بالـزيادة والنقص، وإن كـان فيه خيـار اعتبرت القيمـة حين انقضـاء الخيـار واستقرار العقد لأنه حين استحقاق الشفعة وبهذا قال الشـافعي، وحكي عن مالـك أنه يـأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح. لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري وما نقص فمن مال البائع فلا ينقص به حق المشتري.

فصل: وإذا كان الثمن مؤجلاً أخذه الشفيع بذلك الأجل إن كـان مليئاً وإلا أقام ضميناً مليئاً وأخذ به وقال مالك وعبد الملك وإسحاق، وقـال الثوري: لا يـأخذهـا إلا بالنقـد حالاً، وقـال أبو حنيفـة لا يأخـذها إلا بثمن حـال أو ينتـظر مضي الأجـل ثم يـأخـذ، وعن الشـافعي كمذهب أبي حنيفة لأنه يمكنه الأخذ بالمؤجل لأنه يفضي إلى أن يلزم المشـتري قبول ذمـة الشفيع والذمم لا تتماثل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالاً لئـلا يلزمه أكـثر مما يلزم المشـتري ولا بسلعة الثمن إلى الأجل لأنه إنما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحدة منها فلم يبق إلا التخيير.

ولنـا: إن الشفيع تـابع للمشـتري في قدر الثمن وصفتـه والتأجيـل من صفـاتـه ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر وما ذكروه من اختلاف الذمم فـإننا لا نوجبها حتى توجد المـلاءة في الشفيع أو في ضمينـه بحيث ينحفظ المال فـلا يضر اختلافهـما فيما وراء ذلك كما لو اشترى الشقص بسلعة وجبت قيمتها ولا يضر اختـلافهما، ومتى أخـذه الشفيع بـالأجل فـمات الشفيع أو المشـتري وقلنا يحـل الدين بـالموت حـل الدين عـلى الميت منهـما دون صاحبه. لأن سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد في حقه.

فصل: وإذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه ما لا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفيع، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا تجب الشفعة لئلا تتبعض صفقة المشتري وفي ذلك إضرار به. فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص؛ وقال مالك تثبت الشفعة فيهما لذلك.

ولنا: إن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده وما يلحق المشتري من الضرر فهو ألحقه بنفسه بجمعه في العقد بين ما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت ولأن في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضاً لأنه ربما كان غرضه في إبقاء السيف له ففي أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه.

فصل: وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن يأخذا ويقتسما الثمن على قدر القيمتين وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويتخرج أنه لا شفعة له كالمسألة التي قبلها وليس له أخذهما معاً لأن أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف، وإن كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما وتركهما لأنه شريك فيهما، وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك، وهذا منصوص الشافعي، ويحتمل أنه لا يملك ذلك، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لأنه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي.

ولنا: إنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب ـ إذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعته ـ أن يكون للآخر أخذ الكل والأمر بخلافه.

فصل: ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر، فإن أحضر رهناً أو ضميناً لم يلزم المشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال، فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة لم يجبر عليها، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فإن كان موجوداً سلمه وإن تعذر في الحال قال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم، فإذا كان أكثر فلا، وهذا قول مالك.

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي: ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فإن أحضر الثمن وإلا فسخ عليه. وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لإحضار عوضه كتسليم المبيع.

ولنا: إنه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على إحضار العوض كالبيع، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله، وكون الأخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة فإذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها وإلا فسخ الحاكم الأخذ ورده إلى المشتري، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الأخذ، والأولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الأخذ ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه، وكما لو أفلس الشفيع، ولأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الأخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب، ولأن وقف ذلك على الحاكم يفضي إلى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي إلى الضرر، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الأخذ إلا بعد إحضار الثمن لئلا يفضي إلى هذا الضرر، وإن أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشتري.

فصل: لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة وإن فعل لم تسقط، قال أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد وقد سألته عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم. وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني، وقال عبد الله بن عمر من يخدع الله يخدعه وقال أيوب السختياني: إنهم ليخادعون الله كما يخادعون صبياً لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علي.

ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤون في الباطن على خلافه مثل: أن يشتري شقصاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير، أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم، أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالألف أو يشتري شقصاً بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة، أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا، فهذا كله إذا وقع من غير تحيل سقطت الشفعة، وإن تحيلا به على إسقاط الشفعة لم يسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الأولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الإبراء وهو المائة المقبوضة وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لأنه إنما وهبه بقية الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه الثمن أو بقيمته إن لم يكن مثلها إذا كان الثمن موجوداً وإن لم يوجد عينه دفع إليه قيمة الشقص لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها، وقال أصحاب الرأي والشافعي، يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجز كما لو لم يكن حيلة.

ولنا: قول النبي ﷺ: «من أدخل فرساً بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار، وإن أمن أن يسبق فهو قمار» رواه أبو داود وغيره، فجعل إدخال الفرس المحلل قماراً في الموضع الذي يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جعلا مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقيهما وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها.

واستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» وقال النبي ﷺ: «لعن الله اليهود إن الله لما حرم عليهم شحومها جملوه[1] ثم باعوه وأكلوا ثمنه» متفق عليه ولأن الله تعالى ذم المخادعين له بقوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يُخَادِعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾ [البقرة: ٩] والحيل مخادعة، وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلتهم فإنه روي أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جباباً ويرسل الماء إليها يوم الجمعة فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها إلى ليلة الأحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئاً فمسخهم الله تعالى بحيلتهم، وقال تعالى: ﴿فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٦٦] قيل يعني به أمة محمد ﷺ. أي لتتعظ بذلك أمة محمد ﷺ فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون، ولأن الحيلة خديعة. وقد قال النبي ﷺ: «لا تحل الخديعة لمسلم» ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط كما لو أسقطها المشتري بالبيع والوقف، وفارق ما لم يقصد به التحيل لأنه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق والأعمال بالنيات، فإن اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أو لا؟ فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه أعلم بنيته وحاله.

إذا ثبت هذا: فإن الغرر في الصورتين الأوليين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة وما يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه أن عليه ألفاً فربما طالبه بذلك فلزمته في ظاهر الحكم وفي الثالثة الغرر على البائع لأنه اشترى عبداً يساوي مائة بألف، وفي الرابعة على المشتري لأنه اشترى شقصاً قيمته مائة بألف وكذلك في الخامسة لأنه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه، وفي السادسة على البادىء منهما بالهبة لأنه قد لا يهب له الآخر شيئاً، فإن خالف أحدهما ما لو تواطآ عليه فطالب صاحبه بما أظهراه لزمه في ظاهر الحكم لأنه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الأخذ بخلاف ما تواطآ عليه لأن صاحبه إنما رضي بالعقد للتواطؤ فمع فواته لا يتحقق الرضى به.

مسألة: قال: (وإن اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري إلا أن يكون للشفيع بينة).

---

(١) جملوه: أذابوه.

وجملتـه: أن الشفيع والمشـتري إذا اختلفا في الثمن فقـال المشتري: اشـتريته بمـائة فقـال الشافعي: بل بخمسين فالقول قول المشتري لأنه العاقد فهو أعرف بـالثمن ولأن الشقص ملكه فلا ينزع من يـده بالـدعوى بغـير بينة. وبهـذا قال الشـافعي: فإن قيـل فهلا قلتم القـول قول الشفيـع لأنه غارم ومنكر للزيادة فهو كـالغـاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكـه إذا أعتق؟ قلنا: الشفيع ليس بغارم لأنه لا شيء عليه وإنما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغـاصب والمتلف والمعتق، فأما إن كان للشفيع بينة حكم بها. وكـذلك إن كـان للمشتري بينـة حكـم بها واستغنى عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتـين ولا تقبل شهـادة البائـع لأنه إذا شهد للشفيع كان متهماً لأنـه يطلب تقليـل الثمن خوفـاً من الدرك[1] عليـه، وإن أقام كـل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهـما، وذكر الشريف أن البينة بينة الشفيع ويقتضيه مذهب الخرقي لأن بينة الخارج عنده مقـدمة عـلى بينة الداخل والشفيع ويقتضيه مذهب الخرقي لأن بينة الخـارج عنده مقـدمة عـلى بينة الـداخل والشفيع هو الخارج وهذا قول أبي حنيفة، وقال صاحباه: البينة بينة المشتري لأنها تترجح بقـول المشتري فإنه مقدم على قول الشفيع، ويخالف الخارج والداخل لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده، وفي مسألتنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع.

ولنا: أنهما بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قولـه عند عـدمها كـالداخـل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعـان في العقد ولا يـدلهما عليـه فصارا كـالمتنازعـين عيناً في يـد غيرهما.

فصل: وإن قال المشتري لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله لأن ما يـدعيه ممكن لجـواز أن يكون اشتراه جزافاً أو بثمن نسي مبلغه ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغـير بذل ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه، فإن ادعى أنك فعلت ذلك تحيـلاً على إسقـاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك.

فصـل: فإن اشـترى شقصاً بعـرض واختلفا في قيمتـه فإن كـان موجـوداً عرضنـاه على المقومين، وإن تعذر إحضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدر الثمن، وإن آدعى جهل قيمته فهو على ما ذكـرنا فيـما إذا آدعى جهل ثمنـه، وإن اختلفا في الغـراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا حدثته وأنكر الشفيع فالقول قول المشتري لأنه ملكه والشفيع يريد تملكـه عليه فالقول قول المالك.

فصل: إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبـك فلي أخـذه بالشفعـة فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعي الشفعة فيه فإذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فإن أقر لزمه، وإن أنكـر وقال إنـما اتهبته أو ورثتـه فلا شفعة لك فيه فـالقول قـول من ينفيه كـما لو ادعى عليـه نصيبه من غـير شفعة فـإن حلف

---

(١) الدرك: التبعة.

برىء وإن نكل قضي عليه وإن قال لا تستحق عليَّ شفعة فالقول قوله مع يمينه على حسب قوله في الإنكار، وإذا نكل وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإن دفع إليه وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع إليه كما لو أقر له بدار فأنكرها.

والثاني: أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاه دفع إليه.

والثالث: يقال له إما أن تبرىء منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال المكاتبة فادعى أنه حرام. اختار هذا القاضي وهذا مفارق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطلب الشفيع بشيء فلا ينبغي أن يكلف إبراء مما لا يدعيه والوجه الأول إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن قال اشتريته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فإن صدقه كان الشراء له والشفعة عليه، وإن قال هذا ملكي ولم أشتره انتقلت الخصومة إليه وإن كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة، وإن كان المقر له غائباً أخذه الحاكم ودفعه إلى الشفيع وكان الغائب على حجته إذا قدم لأننا لو وقفنا الأمر في الشفعة إلى حضور المقر له لكان في ذلك إسقاط الشفعة لأن كل مشتر يدعي أنه لغائب. وإن قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية ففيه وجهان:

أحدهما: لا تثبت الشفعة لأن الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة بإقرار الولي عليه لأنه إيجاب حق في مال صغير بإقرار وله.

والثاني: تثبت لأنه يملك الشراء له فصح إقراره فيه كما يصح إقراره بعيب في مبيعه، فأما إن ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم يثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت ببينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبهما بها لأن الملك يثبت لهما بإقراره به فإقراره بالشراء بعد ذلك إقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعاً، وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا.

فصل: وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فللشفيع أخذه بالشفعة لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يديه وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان: أحدهما: ليس له أخذه لأن هذا إقرار على غيره.

ولنا: إنه أقر بما في يده فقبل إقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه أنك بعت نصيب الغائب بإذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبيع فإذا قدم الغائب فأنكر البيع

أو الإذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينتزع الشقص ويطالب بأجره من شاء منهما ويستقر الضمان على الشفيع لأن المنافع تلفت تحت يده فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد وإن ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فأنكر وقال إنما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه فإن كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لأن القضاء هنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمناً، فإن لم تكن بينة وطالب الشفيع بيمينه فنكل عنها واحتمل أن يقضى عليه لأنه لو أقر لقضي عليه فكذلك إذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لأنه قضاء على الغائب بغير بينة ولا إقرار من الشقص في يده.

فصل: وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فعلى الشفيع إقامة البينة أنه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف إذا كان في يده استحق به الشفعة لذلك لأن الظاهر من اليد الملك.

ولنا: إن الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت ومجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده فإن ادعى أن المدعي يعلم أنه شريك فعلى المشتري اليمين أنه لا يعلم ذلك لأنها يمين على نفي فعل الغير. فكان على العلم كاليمين على نفي دين الميت فإذا حلف سقطت دعواه وإن نكل قضي عليه.

فصل: إذا ادعى على شريكه أنك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفعته فصدقه عمرو فأنكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك، وقال محمد تثبت ويقال له إما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده إلى البائع فيأخذه الشفيع منها لأنهما شهداً بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع.

ولنا: إنهما لم يشهدا بالبيع وإقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لأنه إقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة ما لو حلف أني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكاً له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده فأنكر المشتري للشراء لأن الذي في يده الدار مقر بها للشفيع ولا منازع له فيها سواه وها هنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لا شيء في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا.

فصل: وإذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها؟ فإن قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده، وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضي له، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخاً، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا، وإن لم تكن لواحد

منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم تسمع دعوى الثاني على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعاً، وإن ادعى الأول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم تسمع دعواه لأن خصمه قد استحق ملكه وإن حلف الثاني ونكل الأول قضينا عليه.

فصل: إذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما من المشتري وللشفيع أخذه بالألف لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم.

ولنا: إن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وإنما حكم بها للبائع لأنه لا يكذبها، فإن قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقبل رجوعه لأنه رجوع عن إقرار تعين به حق آدمي غيره فأشبه ما لو أقر له بدين.

والثاني: يقبل قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المرابحة بثمن ثم قال غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ها هنا أولى لأنه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وإن لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لأن للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لأن حق البائع من الفسخ قد زال، فإن عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن ألفان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه؟ ففيه وجهان كما لو قامت به بينة.

فصل: وإن اشترى شقصاً له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوه عن شفعته لم تقبل شهادته لأنه يجر إلى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فإذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للتهمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق إذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه، وإن كانت الدعوى على الشفيعين معاً فحلفا ثبتت الشفعة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم يعف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه، وإن ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، وإن شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتيج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفعاء فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد

عفوهما قبلت وإن شهدا قبله ردت وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي، وإن شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله ففيه وجهان:

أحدهما: تقبل لأنهما سواء عنده.

والثاني: لاتقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع، وإن شهد لمكاتبه بعفو شفعة أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لأن المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كمدبره ولأن ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لأنه إن عجز صار له وإن لم يعجز سهل عليه الوفاء له، وإن شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لأنه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده.

مسألة: قال: (وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامه).

الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم اختاره أبو بكر وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والعنبري وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم اختارها بان عقيل. وروي ذلك عن النخعي والشعبي وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لأن كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فإذا اجتمعوا تساووا كالبنين في الميراث وكالمعتقين في سراية العتق.

ولنا: إنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالغلة ودليلهم ينتقض بالابن والأب أو الجد وبالجد مع الإخوة وبالفرسان مع الرجالة في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهما أو الثلث عن وصية أحدهم، وفارق الأعيان لأنه إتلاف والإتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع، وأما البنون فإنهم تساووا في التسبب وهو البنوة فتساووا في الإرث بها فنظيره في مسألتنا تساوي الشفعاء في سهامهم، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشركاء كلهم فنأخذ منها سهام الشفعاء فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد سواء، ففي هذه المسألة التي ذكر الخرقي مخرج سهام الشركاء ستة فإن باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثاً لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعاً لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماساً لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمساه وعلى الرواية الأخرى يقسم الشقص المشفوع بين

الآخرين نصفين على كل حال، فإن باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكيه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس، وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث، وإن باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس والله أعلم.

فصل: ولو ورث أخوان داراً أو اشترياها بينهما نصفين أو غير ذلك فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد وقال في القديم إن أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك لأن أخاه أخص بشركته من العم لاشتراكهما في سبب الملك.

ولنا: إنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل، وما ذكروه ولا أصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابناه نصفها الآخر أو ورثاه أو اتهباه أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت إحدى الأختين نصيبها أو إحدى الابنتين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضاً فمات أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه، ولو خلف ابنين وأوصى بثلثه لاثنين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم، ولمخالفينا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره.

فصل: وإن كان المشتري شريكاً فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبتي لا شفعة للآخر لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه. وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه.

ولنا: إنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع، وما ذكرناه للقول الأول لا يصح لأن الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضاً لأننا نقول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه، ثم لا يمنع أن يستحق الإنسان على نفسه لأجل تعلق الغير به، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيده ثبت للسيد على عبده أرش الجناية لأجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهناً ما تعلق به. إذا ثبت هذا: فإن الشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو، وإن قال له المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح إسقاط المشتري لأن

ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه، وكذلك إذا حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فإن قال الأول خذ الكل أو دع فإني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فإن قيل هذا تبعيض للصفقة على المشتري فلنا هذا التبعيض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصاً وسيفاً.

مسألة: قال: (فإن ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك).

وجملته أنه إذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض، وقال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر لأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعاً لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع لذلك فإن فعل سقطت شفعته لأنها لا تتبعض فإذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح لأن ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص.

فصل: فإن كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فإذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ إلا الكل أو يترك لأنا لا نعلم اليوم مطالباً سواه ولأن في أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشتري فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه لأن في التأخير إضراراً بالمشتري فإذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه إن شاء أو عفا فيبقى للأول لأن المطالبة إنما وجدت منهما فإن قاسمه ثم حضر الثالث قاسمهما إن أحب أو عفا فيبقى للأولين فإن نما الشقص في يد الأول نماء منفصلاً لم يشاركه فيه واحد منهما لأنه انفصل في يد المشتري قبل الأخذ بالشفعة، وكذلك إذا أخذ الثاني فنما في يده نماء منفصلاً لم يشاركه الثالث فيه، وإن خرج الشقص مستحقاً فالعهدة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فإن الأخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع إليهما والنائب عنهما في دفع الثمن إليه لأن الشفعة مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وإن امتنع الأول من المطالبة حتى يحضر صاحباه أو قال آخذ قدر حقي ففيه وجهان:

أحدهما: يبطل حقه. لأنه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المنفرد.

والثاني: لا يبطل لأنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه، والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشتري ثمناً كثيراً فترك لذلك ثم بان بخلافه، فإن ترك الأول شفعته على صاحبيه فإذا قدم الأول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الأول فإن أخذ الأول

بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي، وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لهما أخذ نصيب الأول لأنه لم يعف وإنما رد نصيبه لأجل العيب فأشبه ما لو رجع إلى المشتري ببيع أو هبة.

ولنا: إن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الأول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا، ويفارق عوده بسبب آخر لأنه عاد غير الملك الأول الذي تعلقت به الشفعة.

فصل: وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص منه واقتسما ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة لثبوت حقه ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع، فإن قيل: فكيف تصح القسمة وشريكهما الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقي الغائب على شفعته، فإن قيل فكيف تصح مقاسمتهما للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرهما ويملك الشفيع إبطاله كذا ها هنا. إذا ثبت هذا: فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكيه غائباً أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لأنه قدر ما يستحقه ثم إن قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضاً، وإن لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم لأنه موضع عذر.

فصل: إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل أقتصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لأنه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعيض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الأول ويقتسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهماً لأن الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه إلى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين في تسعة تكن ثمانية عشر للثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكيه سبعة وإنما كان كذلك لأن الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه في الشفعة فللأول والثالث أن يقولا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه فنجمع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرنا، وإن قال الثاني آخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها فإذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه إلى ثلاثة الأرباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقتسمانها لكل واحد منهما خمسة وللثاني سهمان وتصح من اثني عشر.

فصل: إذا اشترى رجل من رجلين شقصاً فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر، وبهذا قال الشافعي، وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لئلا تتبعض صفقة المشتري.

ولنا: إن عقد الاثنين مع واحد عقدان لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد وبهذا ينفصل عما ذكروه، وإن اشترى اثنان نصيب واحد فالشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه وقال في الأخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لأنه قبل القبض تتبعض صفقة البائع.

ولنا: إنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض وما ذكروه لا نسلمه على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضاً فإن باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها.

فصل: فإذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لأن عقد كل منهما منفرد فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته في الشفعة لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق، فأما إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ما شاء منها، وإن أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركته في شفعته لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه، وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الأول في شفعته لأن ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك حال شرائه. ويحتمل أن لا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها. وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان: **أحدهما**: أنه لا يشاركه أحد منهم لأن أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة. **والثاني**: يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه كان مالكاً ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته إذا عفا عن شفعته فكذلك إذا لم يعف لأنه إنما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكاً لا بالعفو عنه ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الأول وللمشتري أخذ نصيب المشتري الثاني، وعلى هذا يشاركه الأول في شفعة الثاني والثالث جميعاً، فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدساً فللشفيع السدس الأول ثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث وللمشتري الأول مربع السدس الثاني وخمس الثالث، وللمشتري الثاني خمس الثالث فتصح المسألة من مائة وعشرين سهماً للشفيع الأول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة، وإن قلنا إن الشفعة على عدد الرؤوس فللمشتري الأول نصف السدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تشعة وعشرين وللثاني خمسه وللثالث سهمان.

فصل: دار بين أربعة أرباعاً باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم يبع الشفعة في الجميع. وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما

باعه البائع الأول والثاني على وجهين، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الأول والثاني: على وجهين وهل يستحق مشتري الربع الأول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يستحقان. لأنهما مالكان حال البيع.

والثاني: لا حق لهما لأن ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به.

والثالث: إن عفا عنهما أخذا وإلا فلا، فإذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لأن له شريكين فصار له الربع مضموماً إلى ملكه فكمل له النصف وللبائع والمشتري الأول الثلث لكل واحد منهما السدس لأنه شريك في شفعة بيع واحد وتصح من اثني عشر.

فصل: وإن باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقيته في صفقه أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الأول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني لأن لكل عقد حكم نفسه فإن أخذ الأول لم يشاركه في شفعته أحد وإن أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفعته بنصيبه الأول؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه شريك وقت البيع الثاني يملكه الذي اشتراه أولاً.

والثاني: لا يشاركه. لأن ملكه على الأول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه.

والثالث: إن عفا الشفيع عن الأول شاركه في الثاني وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لأنه إذا عفا عنه استقر ملكه فشارك به بخلاف ما إذا أخذ فإن قلنا يشارك في الشفعة ففي قدر ما يستحق وجهان:

أحدهما: ثلثه.

والثاني: نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الأملاك أو عدد الرؤوس فإذا قلنا يشاركه فعفا له عن الأول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه، وإن لم يعف عن الأول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه: وإن باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم ما لو باعه لثلاثة أنفس على ما شرحناه ويستحق ما يستحقون وللشفيع ها هنا مثل ما له مع الثلاثة والله أعلم.

فصل: وإذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعها لرجل واحد فلشريكهما الشفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك. لأن المالك اثنان فهما بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو توليا العقد.

والثاني: ليس له ذلك لأن الصفقة واحدة وفي أخذ أحدهما تبعيض الصفقة على المشتري فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد وإن وكل رجل رجلاً في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما لأنهما مشتريان فأشبه ما لو وليا

العقد. والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن أخذ أحد النصيبين لا يفضي إلى تبعيض صفقة المشتري ولأنه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فإن المشتري واحد.

مسألة: قال: (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع).

يعني: أن الشفيع إذا أخذ الشقص فظهر مستحقاً فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وإن وجده معيباً فله رده على المشتري أو أخذ أرشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الأرش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي. وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري، وقال أبو حنيفة إن أخذه من المشتري فالعهدة عليه وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه لأن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فينفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذاً من البائع مالكاً من جهته فكانت عهدته عليه.

ولنا: إن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول وقياسه على المشتري في جعل عهدته على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع وأما إذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه، ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحقت به.

فصل: وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري وإن علم المشتري بالعيب لم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشتري أو أخذ أرشه منه وليس للمشتري شيء، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرش لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فإذا أخذ الأرش فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري، وإن علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرش لأن الشفيع أخذه عالماً بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرش كالمشتري إذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الأرش لأنه استدرك ظلامته ورجع إليه جميع ثمنه فأشبه ما لو رده على البائع، ويحتمل أن يملك أخذ الأرش لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر، فعلى هذا ما يأخذه من الأرش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبه ما لو أخذ الأرش قبل أخذ الشفيع منه، وإن علما جميعاً فليس لواحد منهما رد ولا أرش لأن كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة، وإن لم يعلما فللشفيع رده على المشتري وللمشتري رده على البائع فإن لم يرده الشفيع فلا يرد المشتري لما ذكرنا أولاً، وإن أخذ الشفيع أرشه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع، وإن لم يأخذ منه شيئاً فلا شيء للمشتري

ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فإذا أخذه فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لأنه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه. وإن أسقطه عن المشتري توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره، فأما إن اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء، وفي رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة فعلى هذه الرواية إن علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشتري لأنه دخل على شرائه فصار كمشتر ثان اشترط البراءة، وإن لم يعلم ذلك فحكمه حكم ما لو علمه المشتري دون الشفيع.

مسألة: قال: (والشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها).

وجملة ذلك: أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين:

أحدهما: أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة، وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة، هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب فإذا لم يطلب فليس تجب إلا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به، وروي سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي والعنبري يورث قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب.

ولنا: إنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول، فأما خيار الرد بالعيب فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع.

الحال الثانية: إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه. لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها، فإذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب مواريثهم لأنه حق مالي موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية، وسواء قلنا الشفعة على قدر الأملاك أو على عدد الرؤوس لأن هذا ينتقل إليهم من موروثهم، فإن ترك بعض الورثة حقه توافر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعته لأنا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه.

فصل: وإن أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل وكان للورثة المطالبة بها، نص عليه أحمد لأن الإشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطلب.

فصل: وإذا بيع شقص لـه شفيعان فعفـا أحدهمـا وطالب الآخـر بها ثم مـات المطالب فـورثه العـافي فله أخـذ الشقص بهـا لأنـه وارث لشفيـع مـطالب بـالشفعـة فملك الأخـذ بهـا كالأجنبي، وكذلك لو قذف رجل أمهما وهي ميتة فعفا أحدهما فطالب الآخـر ثم مات الـطالب فورثه العافي ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجوب الحد بقذفها.

فصـل: ولو مـات مفلس وله شقص فبـاع شريكه كـان لورثتـه الشفعـة وهـذا مـذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا شفعة لهم. لأن الحق انتقل إلى الغرماء.

ولنـا: إنه بيـع في شركة مـا خلفه مـوروثهم من شقص فكان لهم المـطالبة بشفعتـه كغير المفلس، ولا نسلم أن التركة انتقلت إلى الغرماء بل هي للورثة بـدليل أنها لـو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلـك من الشفعة كـما لو كـان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فإنه يستحق الشفعة به، ولو كان للميت دار فبيع بعضهـا في قضاء دينـه لم يكن للورثـة شفعـة لأن البيـع يقـع لهم فـلا يستحقـون الشفعـة عـلى أنفسهم، ولو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث في دينه فـلا شفعة أيضـاً لأن نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث فإذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه.

فصل: ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بـالشفعة لأن حقـه أسبق من حق الموصى له فإذا أخذه دفع الثمن إلى الورثة وبطلت الـوصية لأن المـوصى به ذهب فبطلت الوصية كما لو تلف ولا يستحق الموصى له بدله لأنه لم يـوص له إلا بـالشقص وقد فـات بأخذه.

ولـو وصى رجل لإنسـان بشقص ثم مات فبيـع في تركتـه شقص قبل قبـول المـوصى لـه فالشفعة للورثة في الصحيح لأن الموصى به لا يصير للوصي إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقياً على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون للوصي إذا قلنا إن الملك ينتقل إليه بمجرد الموت، فـإذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا تبينا أن الملك كان له فكـان المبيع في شركتـه، ولا يستحق المطالبـة قبل القبول لأنا لا نعلم أن الملك له قبل القبول وإنما يتبين ذلك بقبوله فإن قبل تبينا أنـه كان لـه وإن رد تبينا أنه كان للورثة، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضاً لذلـك، ويحتمل أن لهم المـطالبة، لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق لهم، ويفارق الموصى له من وجهين:

أحدهما: لأن الأصل عدم القبول منه.

والثاني: أنه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فإنه لا سبيل لـه إلى فعل مـا يعلم به ثبوت الملك لـه أو لغيره. فـإذا طالبـوا ثم قبل الـوصي الوصيـة كانت الشفعـة له ويفتقـر إلى الطلب منه لأن الطلب الأول يتبين أنه من غير المستحق، وإن قلنا بالرواية الأولى فطالب الورثة بالشفعة فلهم الأخذ بها، وإن قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع. لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الأخذ بشفعته. فأشبه مـا لو أخـذ بها المـوصي في حياتـه،

وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى له. لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شركته، وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه.

فصل: ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد فقتل أو مات فللشفيع أخذه بالشفعة لأنها وجبت بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الإسلام فورثته ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال.

فصل: وإذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف، فإن قتل على ردته أو مات عليها تبينا أن شراءه باطل ولا شفعة فيه، وإن أسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه، وقال أبو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لأن ملكه يزول بردته فإذا أسلم عاد إليه تمليكاً مستأنفاً.

وقال الشافعي، وأبو يوسف: «تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه» ومبنى الشفعة ها هنا على صحة تصرف المرتد وتذكر في غير هذا الموضوع، وإن بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضاً لأن أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبه شراءه لغيره، وإن ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين؛ فإن كان طالب بالشفعة انتقلت أيضاً إلى المسلمين ينظر فيها الإمام أو نائبه. وإن قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعته كما لو مات على إسلامه، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثاً سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين إن مات بعد الطلب وإلا فلا.

مسألة: قال: (وإن أذن الشريك في البيع ثم طلب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك).

وجملة ذلك: أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال: قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والبتي وأصحاب الرأي، وروي عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فإن اسماعيل بن سعيد قال: قلت لأحمد ما معنى قول النبي ﷺ: «من كان بينه وبين أخيه ربعة فأراد بيعها فليعرضها عليه» وقد جاء في بعض الحديث «ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه» إذا كانت الشفعة ثابتة له؟ فقال: ما هو ببعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة. وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث.

قال ابن المنذر: وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفعته وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي ﷺ: «من كان له شركة في أرض ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك» ومحال أن يقول النبي ﷺ: «ومن شاء ترك» فلا يكون لتركه معنى، ومفهوم قوله فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه لا حق له، ولأن الشفعة تثبت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه

ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الإحسان إليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم ها هنا فإنه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع.

ووجه الأول أنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبرأه مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه ليبتاع ذلك إن أراد فتخف عليه المؤنة ويكتفي بأخذ المشتري لا إسقاط حقه من شفعته.

فصل: إذا توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي وبعض الشافعية إن كان وكيل البائع فلا شفعة له لأنه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشتري، وقال أصحاب الرأي لا شفعة لوكيل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل إلى الوكيل فلا يستحق على نفسه.

ولنا: إنه وكيل فلا تسقط شفعته كالآخر ولا نسلم أن الملك ينتقل إلى الوكيل إنما ينتقل إلى الموكل ثم لو انتقل إلى الوكيل لما ثبتت في ملكه إنما ينتقل في الحال إلى الموكل فلا يكون الأخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها، وأما التهمة فلا تؤثر لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضياً بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه. فعلى هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل.

فصل: وإن ضمن الشفيع العهدة للمشتري أو شرط له الخيار فاختار امضاء العقد لم تسقط شفعته وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي تسقط لأن العقد تم به فأشبه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه. ولنا: إن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالإذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع، وما ذكروه لا يصح فإن البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما إذا كان المشتري شريكاً فإن البيع قد تم به وتثبت له الشفعة بقدر نصيبه.

فصل: وإذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم شريكيه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لأن أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماساً لرب المال خمساها وللعامل خمساها ولمال المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما.

فصل: فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد

الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فإن الشفعة بين الشريكين نصفين سواء اشتراهما الأجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وإن ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعته وإن أخذ نصف المبيع لذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لأن اقتصاره على أخذ النصف بني على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه وإن امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعته كلها لأنه لا يملك تبعيض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لأن المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن إقراره، وإن أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشتري على الإقرار للشريك به فللشفيع أخذ الكل لأنه لا منازع له في استحقاقه ولا الاقتصار على النصف لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك.

فصل: وإن قال أحد الشفيعين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة وكذلك إن قال ما اشتريته إنما اتهبته وصدقه الآخر أنه اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع صحيح ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقال لا شفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وإن اعتقد أن له شفعة وطالب بها فارتفع إلى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم فأشبه ما لو سقطت بإسقاط المستحق.

فصل: إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فأنكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لأن المدعي يزعم أنه محق في دعواه وأن ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره إلى المدعي اكتفاء لشره ودفعاً لضرر الخصومة واليمين على نفسه فلم تلزمه فيه شفعة وإن قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه لأنه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لأنها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين.

ولنا: إن المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكاً له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك، وإنما استنفذه بعلمه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر به.

فصل: إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكيه ثم باعه لأجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الأخذ بأحدهما لأنه شريك فيهما فإن أخذ

بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه لأنه لا شريك له في شفعته، وإن أخذ بالعقد الأول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لأن المشتري شريكه في شفعته ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسماً في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الأول، ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسألة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الأول بثمنه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا لا يختلف وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ثم باع ربعاً مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الأول وثلثه من الثاني، ويخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشرة. ولكل واحد منهما تسعة. فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة إلى الشريك ويصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أتساع ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لأنه قد أخذ منه تسع مبيعه وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الأول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أتساع ويبقى في يد الأول ستة عشر سهماً وهي أربعة أتساع ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثمانية أتساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بتسع الثمن الثاني.

فصل: إذا كانت دار بين ثلاثة لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثلث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وذلك تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الأول ويبقى من مبيعه خمسة أتساعه لزيد ثلث شفعته فيقسم بينهما أثلاثاً. وتصح المسألة من مائة واثنين وستين سهماً الثلث المبيع أربعة

وخمسون سهماً لعمرو ثلثاها بشفعته ستة وثلاثون سهماً يأخذ ثلثيها من بكر وهي أربعة وعشرون سهماً وثلثها في يده اثنا عشر سهماً والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهماً ولبكر ثلاثون سهماً ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي الثمن في البيع الأول وعليه وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الباقي بينهما أثلاثاً، وإن عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشتراه بينه وبين زيد أثلاثاً ويحصل لعمرو أربعة أتساع الدار لزيد تسعاها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة وإن باع بكر السدس لأجنبي فهو كبيعه إياه لعمرو إلا أن لعمرو العفو عن شفعته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفوه عن نصيبه منها، وإن باع بكر الثلث لأجنبي فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثها من بكر وثلثها من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد أثلاثاً وتصح أيضاً من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي ثمن مبيعه، ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أسباع مبيعه بينهما أثلاثاً ويرجع المشتري الثاني على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعه، وإن لم يعلم عمرو حتى باع مما في يده سدساً لم تبطل شفعته في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو لم يبع شيئاً.

الثاني: تبطل شفعته كلها.

والثالث: تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع، وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه، فأما شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعاً للمشتري نصفها ولكل واحد منهما ربعها على أملاكهم حين بيعه.

والثاني: أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهماً لزيد تسعة ولبكر خمسة لأن لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أتساعه بالشفعة فيبقى معه خمسة أتساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناه إلى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكراً بالسهام المستحقة بالشفعة شيئاً لأن الملك عليها غير مستقر.

والثالث: إن عفا لهم عن الشفعة استحقوا بها. وإن أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئاً وإن عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه بسهامه دون غير المعفو عنه، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان ولو استقصينا فروع هذه المسألة على سبيل البسط لطال، وخرج إلى الإملال.

فصل: وإذا كانت دار بين أربعة أرباعاً فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه، فإن طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثاً وصارت الدار بينهم كذلك وإن عفا الرابع وحده

قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك إن عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله، وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين وتصح من ستة عشر، وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان، والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر، وإن عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم أثلاثاً فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلث وثمن وذلك سدس وثمن والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين وإن عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ ممن لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها، ويصح أيضاً من ثمانية وأربعين، وإن عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فلغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا.

مسألة: قال: (ولا شفعة لكافر على مسلم).

وجملة ذلك: أن الذمي إذا باع شريكه شقصاً لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن الحسن والشعبي وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي لعموم قوله عليه السلام: «لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب.

ولنا: ما روى الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال: «لا شفعة لنصراني» وهذا يخص عموم ما احتجوا به. ولأنه معنى يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص فلم يجب للذمي على المسلم كالزكاة ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة إنما ثبتت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي. فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى، ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم. وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الأدلة الموجبة. لأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم على عظم حرمته ورعاية حقه فلأن تثبت على الذمي مع دناءته أولى وأحرى.

فصل: وتثبت للذمي على الذمي لعموم الأخبار ولأنهما تساويا في الدين والحرمة فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم. ولا نعلم في هذا خلافاً. وإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه. وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع

وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة.

وقال أبو حنيفة: تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمراً لأنها مال لهم فأشبه ما لو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله. وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر.

ولنا: إنه بيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين، ولأنه عقد بثمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة. ولا نسلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير. واعتقادهم حله لا يجعله مالاً كالخنزير. وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم ما لم يتحاكموا إلينا قبل تمامه ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه.

فصل: فأما أهل البدع فمن حكم بإسلامه فله الشفعة. لأنه مسلم فتثبت له الشفعة كالفاسق بالأفعال. ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها.

وقد روى حرب أن أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ ويروى عن ابن ادريس أنه قال: ليس للرافضة شفعة فضحك وقال: أراد أن يخرجهم من الإسلام، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة. وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالمعتقد أن جبريل غلط في الرسالة فجاء إلى النبي ﷺ وإنما أرسل إلى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلا شفعة له. لأن الشفعة إذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى.

فصل: وتثبت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم، وقال الشعبي والبتي لا شفعة لمن لم يسكن المصر.

ولنا: عموم الأدلة واشتراكهما في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة.

فصل: قال أحمد في رواية حنبل لا نرى في أرض السواد شفعة وذلك لأن أرض السواد موقوفة وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ولا يصح بيعها والشفعة إنما تكون في البيع، وكذلك الحكم في سائر الأرض التي وقفها عمر رضي الله عنه وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين إلا أن يحكم ببيع ذلك حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه، فإن فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لأنه فصل مختلف فيه، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه والله أعلم.

كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره، وإنما سميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم إلى السقي لأنهم يستقون من الآبار فسميت بذلك والأصل في جوازها السنة والإجماع، أما السنة: فما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع» حديث صحيح متفق عليه، وأما الإجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان إجماعاً، فإن قيل لا نسلم أنه لم ينكره منكر فإن عبد الله بن عمر راوي حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة وهذا يمنع انعقاد الإجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع، قلنا: لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الإجماع ولا حديث ابن عمر لأن النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهي النبي ﷺ عن شيء يخالفه؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي ﷺ وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والإجماع، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده قال كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ؛ وروى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن حديث رافع بن خديج نهى رسول الله ﷺ عن المزارعة فقال رافع: روي عنه في هذا ضروب كأنه يراد أن اختلاف الروايات

عنه يوهن حديثه وقال طاوس إن أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال: «لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً» رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي ﷺ حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره؟ ورجوع ابن عمر إليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته. والمعنى يدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع للحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين فجاز ذلك كالمضاربة بالأثمان.

مسألة: قال أبو القاسم: (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر).

وجملة ذلك: أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم، وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور وقال داود لا يجوز إلا في النخيل لأن الخبر إنما ورد بها فيه، وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل والكرم لأن الزكاة تجب في ثمرتها وفي سائر الشجر قولان:

أحدهما: لا يجوز فيه. لأن الزكاة لا تجب في نمائه فأشبه ما لا ثمرة له، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه.

ولنا: السنة والإجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما، وقولهم إنها إجارة غير صحيح إنما هو عقد على العمل في المال ببعض نمائه فهو كالمضاربة وينكسر ما ذكروه بالمضاربة فإنه يعمل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالإجماع وهذا في معناه، ثم قد جوز الشارع العقد في الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه، فأما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه، وأما تخصيص ذلك بالنخيل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجرة غير النخيل وقد جاء في لفظ بعض الأخبار أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر، ولأنه شجر يثمر كل حول فأشبه النخيل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرته فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وإنما العلة ما ذكرناه.

فصل: فأما ما لا ثمر له من الشجر كالصفصاف والجوز ونحوهما أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والأرز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لأنه ليس

بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، ولأن المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له إلا أن يكون مما يقصد ورقه كالتوت والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لأنه في معنى الثمر لأنه نماء يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه.

فصل: وإن ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين:

إحداهما: تجوز وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك، وأبي يوسف، ومحمد، وأبي ثور وأحد قولي الشافعي: لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى، وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة، فإن بقي ما لا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف.

والثانية: لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي. لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص. فإن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقي فلم يصح كما لو بدا صلاح الثمرة، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة، ولأن هذا جعل العقد إجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك.

وقولهم: إنه أقل غرراً قلنا: قلة الغرر ليست من المقتضي للجواز، ولا كثرته الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئاً، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع. ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقاً به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح.

فصل: فأما قول الخرقي بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر فيدل على شيئين:

أحدهما: أن المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها وسواء قل الجزء أو كثر، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء. وجعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز. ما لم يفعل ذلك حيلة. وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالخمسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف سبع ونحو ذلك جاز، وإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لأنه إذا لم يكن معلوماً لم تكن القسمة بينهما. ولو ساقاه على آصع معلومة. أو جعل مع الجزء المعلوم آصعاً لم تجز لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو ربما كثر الحاصل فيستضر العامل، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم يجز. لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال. وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل، ولهذه العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً.

قال رافع: كنا نكري الأرض على أن لنا هـذه ولهم هذه فـربما أخـرجت هـذه ولم تخـرج هذه فنهانـا عن ذلك، فـأما الـذهب والورق فلم ينهنـا. متفق عليه، فمتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقـاة والثمرة كلهـا لرب المـال لأنها نماء ملكـه. وللعامـل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة.

الثاني: أن الشرط للعامل. لأنه إنما يأخذ بالشرط فـالشرط يراد لأجله ورب المـال يأخـذ بماله لا بالشرط، فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح، وكان الباقي لرب المـال، وإن قال على أن لي ثلث الثمرة. فقال ابن حامد يصح والباقي للعامل، وقيل لا يصح. وقـد ذكرنـا تعليل ذلك في المضاربة، وإن اختلفا في الجزء المشروط لمن هـو منهما. فهـو للعامـل لأن الشرط يراد لأجله كما ذكرنا.

فصل: إذا كان في البستان شجر من أجنـاس كالتـين والزيتـون والكرم والـرمان فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم وخمس الرمان. أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعلمان قدر كل نوع صح. لأن ذلـك كأربعـة بساتين سـاقاه عـلى كل بستـان بقدر مخـالف للقدر المشروط من الآخـر. وإن لم يعلما قدره أو لم يعلم أحـدهما لم يجز لأنه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليـل أو أكثره مما شرط فيه الكثير، ولو قال: ساقيتك على هذين البستانـين بالنصف من هـذا والثلث من هذا صح. لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال: بعتك داريَّ هاتين هـذه بألف وهـذه بمائة، وإن قال: بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر لم يصح لأنه مجهول لا يدري أيهما الذي يستحق نصفه، ولا الذي يستحق ثلثه، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لأنهما كبستانين.

فصل: وإن كان البستان لاثنين فساقيا عاملاً واحداً على أن لـه نصف نصيب أحدهمـا. وثلث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كـل واحد منهـما جاز. لأن عقـد الواحـد مع الاثـنين عقدان، ولو أفرد كل واحد منهما بعقـد كان له أن يشرط ما اتفقـا عليه. وإن جهـل نصيب كل واحد منهما لم يجز لأنه غرر فإنه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حـظه. وقد يكـثر فيتوفـر حظه فأما إن شرطا قدراً واحداً من مالهما جاز، وإن لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لأنها جهـالة لا غرر فيها ولا ضرر فصار كما لو قالا بعنـاك دارنا هـذه بألف ولم يعلم نصيب كـل واحد منهـما جاز لأنه أي نصيب كان فقد علم عـوضه وعلم جملة المبيـع فصح كـذلك هـا هنا، ولـو ساقى واحـد اثنين جـاز ويجوز أن يشرط لهـما التساوي في النصيب ويجـوز أن يشرط لأحدهـما أكثر من الآخر.

فصل: ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الأولى النصف وفي الثـانية الثلث وفي الثـالثة الربع جاز. لأن قدر ماله في كل سنةٍ معلوم فصح. كما لو شرط له من كل نوع قدراً.

فصل: ولو دفع إلى رجل بستاناً فقال: ما زرعت فيه من حنطة فلي ربعه وما زرعت من

شعير فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لأن ما يزرعه من كل واحد من هذه الأصناف مجهول القدر. فجرى مجرى ما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع. ونصف هذا النوع الآخر. وهو جاهل بما فيه منهما، وإن قال إن زرعتها حنطة فلي ربعها. وإن زرعتها شعيراً فلي ثلثه وإن زرعتها باقلا فلي نصفه لم يصح أيضاً. لأنه لا يدري ما يزرعه. فأشبه ما لو قال: بعتك بعشرة صحاح. أو أحد عشرة مكسرة وفيه وجه آخر أنه يصح بناء على قوله في الإجارة إن خطته رومياً فلك درهم وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم. فإنه يصح في المنصوص عنه فيخرج ها هنا مثله. وإن قال: ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح، لأن النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقلا. وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الأنواع. إما بتقدير البذر وإما بتقدير المكان وتعيينه أو بمساحته مثل أن قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيراً وتزرع مدين حنطة ومدين شعيراً أو تزرع قفيراً حنطة وقفيزين شعيراً جاز. لأن كل واحد من هذه طريق إلى العلم فاكتفى به.

فصل: وإن ساقاه على أنه إن سقى سيحاً فله الثلث. وإن سقى بكلفة فله النصف لم يصح. لأن العمل مجهول والنصيب مجهول. وهو في معنى بيعتين في بيعة، ويتخرج أن يصح قياساً على مسألة الإجارة ولو قال: لك الخمسان إن كانت عليك خسارة. وإن لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح. نص عليه أحمد وقال: هذا شرطان في شرط وكرهه، وهذا في معنى المسألة التي قبلها، ويخرج فيها مثل ما خرج فيها، ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقيه في الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصح. لأنه شرط عقداً في عقد فصار في معنى بيعتين في بيعة كقوله بعتك ثوبي على أن تبيعني ثوبك. وإنما فسد لمعنيين:

أحدهما: أنه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول.

الثاني: أن العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لأجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً.

فصل: وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمرة صح. وكان السدس حصته المساقاة فصار كأنه قال: ساقيتك على نصيبي بالثلث، وإن ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه. ولم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً، وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح، فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لأنه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فأشبه ما لو

قال له: أنا أعمل فيه بغير شيء، وذكر أصحابنا وجهاً آخر أنه يستحق أجر مثله لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلا تسقط برضاه بإسقاطه كالنكاح ولم يسلم له العوض فيكون له أجر مثله.

ولنا: إنه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة، ويفارق النكاح لوجهين:

أحدهما: أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته. وهذا فاسد لا يوجب شيئاً.

والثاني: أن الأبضاع لا تستباح بالبذل والإباحة والعمل ها هنا، يستباح بذلك ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالإصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين:

أحدهما: أن النكاح صحيح وهذا فاسد.

والثاني: أن العقد ها هنا، لا يوجب ولو أوجب لأوجب قبل العمل ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً، وإن وجب بالإصابة لم يصح القياس عليها لوجهين:

أحدهما: أن الإصابة لا تستباح بالإباحة والبذل بخلاف العمل.

والثاني: أن الإصابة لو خلت عن العقد لأوجبت. وهذا بخلافه، وإن وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها. فأما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعملا معاً فالمساقاة فاسدة. والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل إن تساويا فيه، وإن كان لأحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل ما في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وإن لم يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه.

فصل: وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج إلى سقي وبهذا قال مالك: ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها إلى المعاملة في غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة.

فصل: ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيع فإن ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لأنه عقد على مجهول فلم يصح كالبيع وإن ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على غير معين كالبيع.

فصل: وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الألفاظ نحو عاملتك وفالحتك واعمل في بستاني هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبه هذا لأن القصد المعنى فإذا أتى به بأي لفظ دل عليه صح كالبيع، وإن قال: استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح. ذكره أبو الخطاب، لأن الإجارة يشترط لها كون العوض معلوماً، والعمل معلوماً وتكون لازمة والمساقاة بخلافه.

والثاني: يصح. وهو أقيس لأنه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الألفاظ المتفق عليها.

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول أحمد تجوز إجارة الأرض ببعض الخارج منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل وما ذكر من شروط الإجارة إنما يعتبر في الإجارة الحقيقية أما إذا أريد بالإجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شرط المزارعة.

فصل: ويلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الأرض تحت الشجر والبقر التي تحرث وآله الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وتنقيتها وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج إلى قطعه وتسوية الثمرة وإصلاح الأجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب، والحفظ للثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وإن كان مما يشمس فعليه تشميسه، وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل كسد الحيطان وإنشاء الأنهار وعمل الدولاب وحفر بئره وشراء ما يلقح به، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال: كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل وما لا يتكرر فهو على رب المال وهذا صحيح في العمل، فأما شراء ما يلقح به فهو على رب المال وإن تكرر. لأن هذا ليس من العمل، فأما البقرة التي تدير الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لأنها ليست من العمل. فأشبهت ما يلقح به، والأولى أنها على العامل لأنها تراد للعمل. فأشبهت بقر الحرث. ولأن استقاء الماء على العامل إذا لم يحتج إلى بهيمة فكان عليه. وإن احتاج إلى بهيمة كغيره من الأعمال.

وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بصلاح الأصول والثمرة معاً كالكسح للنهر والثور هو على من شرط عليه منهما وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة، وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل، فأما تسميد الأرض بالزبل إن احتاجت إليه فشراء ذلك على رب المال لأنه ليس من العمل فجرى مجرى ما يلقح به وتفريق ذلك في الأرض على العامل كالتلقيح، وإن أطلقا العقد ولم يبينا ما على كل واحد منهما فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه وإن شرطا ذلك كان تأكيداً، وإن شرطا على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر، فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك. فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي. لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال.

وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما. فإن شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الخرقي في المضاربة لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه، لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل فيختل العمل، وأن لا يكون

ما على رب المال أكثر العمل. لأن العامل يستحق بعمله فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً.

فصل: فأما الجذاذ والحصاد واللقاط فهو على العامل، نص أحمد عليه في الحصاد وهو مذهب الشافعي. لأنه من العمل فكان على العامل كالتشميس. وروي عن أحمد في الجذاذ أنه إذا شرط على العامل فجائز لأن العمل عليه وإن لم يشرطه فعلى رب المال بحصته ما يصير إليه فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لأنه شرط ينافي مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة. فأشبه نقله إلى منزله.

ولنا: إن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم، ولأن هذا من العمل فيكون عليه كالتشميس وما ذكروه يبطل بالتشميس ويفارق النقل إلى المنزل فإنه يكون بعد القسمة وزوال العقد. فأشبه المخزن.

فصل: وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لأن عملهم كعمله فإن يد الغلام كيد مولاه، وقال أبو الخطاب فيه وجهان:

أحدهما: كما ذكرنا.

والثاني: يجوز. لأن غلمانه ماله فجاز أن تعمل تبعاً لماله كثور الدولاب، وكان يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن. فإذا شرط غلماناً يعملون معه فنفقتهم على ما يشترطان عليه فإن أطلقا ولم يذكرا نفقتهم فهي على رب المال، وبهذا قال الشافعي، وقال مالك نفقتهم على المساقي، ولا ينبغي أن يشرطها على رب المال لأن العمل على المساقي فمؤنة من يعمله عليه كمؤنة غلمانه.

ولنا: إنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها، وبه قال الشافعي. وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها. لأنه اشترط عليه ما لا يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط.

ولنا: إنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الإجارة.

فصل: وإن شرط العامل أن أجر الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الأجرة لم يصح لأن العمل عليه فإذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وإن لم يقدره فسد لذلك ولأنه مجهول. ويفارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج إليهم من الحمالين ونحوهم. لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كمسألتنا.

فصل: ظاهـر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أومأ إليه في رواية الأثرم، وسئل عن الأكار يخرج نفسه من غير أن يخرجه صاحب الضيعة فلم يمنعه من ذلك ذكره الشيخ أبو عبد الله بن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث، وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء لأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالإجارة، ولأنه لو كان جائزاً جاز لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر.

ولنا: ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ: «نقركم على ذلك ما شئنا» ولو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم ولأن النبي ﷺ لم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله. لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم منها. ولأنه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من نمائه أشبه المضاربة وفارق الإجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الأعيان ولأن عوضها مقدر معلوم. فأشبهت البيع وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الإجارة فقياسها عليها أولى. وقولهم إنه يفضي إلى أن رب المال يفسخ بعد إدراك الثمرة قلنا إذا ظهرت الثمرة، فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح فعلى هذا لا يفتقر إلى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبي ﷺ ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لأهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم. ولأنه عقد جائز فلم يفتقر إلى ضرب مدة كالمضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لأنه رضي بإسقاط حقه فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام عمله، وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل. لأنه منعه إتمام عمله الذي يستحق به العوض. فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجعالة، وفارق رب المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالباً فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه. فأشبه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً، فأما إن قلنا إنه عقد لازم فلا يصح إلا على مدة معلومة. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور تصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجازه بعض أهل الكوفة استحساناً. لأنه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها.

ولنا: إنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالإجارة. ولأن المساقاة أشبه بالإجارة لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولأنها إذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها

لأنه يفضي إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره بالسنة لأنه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وإن طالت، وقد قيل لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع، فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها. لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة، فإن ساقاه على مدة لا تكمل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجر مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء له لأنه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع، والأول أصح لأن هذا لم يرض إلا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن تسليمه إليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه إليه كان أجر مثله كما في الإجارة الفاسدة، وفارق المتبرع فإنه رضي بغير شيء، وإن لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين. لأنه رضي بالعمل بغير عوض، وإن ساقاه إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم يحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه. فأشبه المضاربة إذا لم يربح فيها. وإن ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه إتمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها. وإن ساقاه إلى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لا يكون ففي صحة المساقاة وجهان:

أحدهما: تصح لأن الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه.

والثاني: لا يصح لأنه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم تصح كالسلم في مثل ذلك ولأن ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما إذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة فإن الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه فإن قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فإن لم يحمل فلا شيء له وإن قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لأنه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهاً واحداً بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدة لا يحمل في مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الأجل فله حقه منها إذا قلنا بصحة العقد وإن خرجت بعده فلا حق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا.

فصل: ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لأنها إذا كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وإن كانت لازمة فإذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وهو العمل فيها، وأما خيار المجلس فلا يثبت إن كانت جائزة لما تقدم وإن كانت لازمة فعلى وجهين:

أحدهما: لا يثبت لأنها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح.

والثاني: يثبت. لأنه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع.

فصل: ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر إلى ضرب مدة لأن إبقاءها إليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم تحتج إلى مدة كالمضاربة، وإن قدرها بمدة جاز لأنه لا ضرر في التقدير، وقد تبينا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلها، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه لسفه كقولنا في المضاربة فإذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه، وإن قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لأنه عقد لازم فأشبه الإجارة، لكن إن كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال الفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه. ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك، وإن احتيج إلى بيع الجميع بيع، ثم لا يخلو إما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبد، فإن كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار بيع نصيبه أيضاً باعه وباع الحاكم نصيب العامل وإن أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكتري عليه من يعمله وما فضل لورثته، وإن كان لم يبد صلاحها خير المالك أيضاً فإن بيع لأجنبي لم يجز إلا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع نصيب المالك فيقف إمكان قطع على قطع ملك غيره، وهل يجوز شراء المالك لها؟ على وجهين، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبى الوارث العمل، وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الاتفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الإنفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر، وإن أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن تبرع بالاتفاق لم يرجع بشيء كما لو تبرع بالصدقة، والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ها هنا سواء.

فصل: وإن هرب العامل فلرب المال الفسخ لأنه عقد جائز، وإن قلنا بلزومه فحكمه حكم ما لو مات وأبى وارثه أن يقوم مقامه إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالاً وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل، وإن لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل، فإن لم يجد فلرب المال الفسخ أما الميت فلا يقترض عليه لأنه لا ذمة له.

فصل: والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعي عليه من خيانة، لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله إليه فهو كالمضارب فإن اتهم حلف فإن ثبتت خيانته بإقرار أو ببينة أو نكوله صم إليه من يشرف عليه فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وبهذا قال

الشافعي، وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة.

ولنا: إنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب، ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة، وإنما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع بدلاً عنها لأن الأمانة قد تعذرت في حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك وفارق فسخه بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال وها هنا يفوت ماله.

فصل: فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه، وإن عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والأجرة عليه في الموضعين، لأن عليه توفية العمل وهذا من توفيته.

فصل: وإن اختلفا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبه لأنه أقوى سبباً لتسلمه للحائط والعمل، وقال الشافعي يتحالفان، وكذلك إن اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر.

ولنا: إن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فإن كان مع أحدهما بينة حكم بها وإن كان مع كل واحد منهما بينة ففي أيهما تقدم ببينته؟ وجهان بناء على بينة الداخل والخارج، فإن كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه من مال المصدق فإن شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان عدلاً لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع ضرراً ويحلف مع شاهده وإن لم يكن عدلاً كانت شهادته كعدمها، ولو كان العامل اثنين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا.

فصل: ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أتلفت كلها إلا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالقراض.

ولنا: إن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال، لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة ولا ملكها كالأصول، وأما القراض فإنه يملك الربح فيه بالظهور كمسألتنا ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء ولذلك لو تلفت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما. فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصاباً نص عليه أحمد في المزارعة وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم تجب لأن الخلطة لا تؤثر في غير المواشي في الصحيح وعنه أنها تؤثر فتؤثر ها هنا فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي. وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصاباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصاباً الزكاة دون الآخر يخرجها

بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصاباً ما يتم بـه النصاب من مـواضع أخـر فتجب عليهما جميعاً الزكاة وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان بمجموعهما نصاباً فعليه الزكاة في حصته، وإن كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والذمي فعلى الآخـر زكاة حصته إن بلغت نصاباً وبهذا كله قال مالك والشافعي، وقـال الليث: إن كان شريكـه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي.

ولنا: إن النصراني لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها، وقـد روى أبو داود في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت: كـان رسول الله ﷺ يبعث عبـد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منـه ثم يخير يهـود خيبر أيـأخذونـه بذلـك الخرص أم يدفعونه إليهم بذلك الخرص لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق. قال جابـر خرصهـا ابن رواحـة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهـود لمـا خـبرهم ابن رواحـة أخـذوا التمـر وعليهم عشرون ألف وسق.

فصل: وإن ساقـاه على أرض خـراجية فـالخارج عـلى رب المال. لأنـه يجب على الـرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولأن الخراج يجب أجرة للأرض فكـان على رب الأرض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبهذا قال الشافعي، وقـد نقل عن أحمـد في الذي يتقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعـلى من يقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر، وهـذا معناه والله أعلم. إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ فيؤدي خراجهـا ثـم يزكي ما بقي كما ذكره الخرقي في باب الزكـاة ولا تنافي بـين ذلك وبـين ما ذكـرنا هـا هنا إن شـاء الله تعالى.

مسألة: قال: (ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم).

يعني: إذا شرط جـزءاً معلوماً من الثمـرة ودراهم معلومـة كعشرة ونحـوهـا لم يجـز بغـير خلاف لأنه ربما لم يحدث من النماء ما يساوي تلك الدراهم فيتضرر رب المـال ولذلـك منعنا من اشتراط أقفزة معلومة ولو شرط له دراهم منفردة عن الجزء لم يجز لذلك ولـو جعل لـه ثمرة سنـة غير السنة التي ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليـه أو شرط عليه عمـلاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لأنه يخالف موضوع المساقاة إذ موضـوعها أن يعمـل في شجر معـين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل.

فصل: وإذا ساقى رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض والشجر لم يجز ذلك، وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازه مالك إذا جاء برجل أمين.

ولنا: إنه عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامـل غيره فيـه كالمضـارب ولأنه إنمـا

أذن له في العمل فيه فلم يجز أن يأذن لغيره كالوكيل فأما إن استأجر أرضاً فله أن يزارع غيره فيها لأنها صارت منافعها مستحقة له فملك المزارعة فيها كالمالك والأجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج، وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لأنه بمنزلة المستأجر لها، وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقي على شجرة لأنه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم في هذا خلافاً عند من أجاز المساقاة والمزارعة والله أعلم.

فصل: وإذا ساقاه على وديّ[1] النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً يكون له فيها جزء من الثمرة معلوم صح لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا يمنع صحتها كما لو جعل له سهماً من ألف سهم، وفيه الأقسام التي ذكرنا في كبار النخل والشجر وهي أننا إن قلنا المساقاة عقد جائز لم نحتج إلى ذكر مدة، وإن قلنا هو لازم ففيه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يجعل المدة زمناً يحمل فيه غالباً فيصح فإن حمل فيها فله ما شرط له وإن لم يحمل فيها فلا شيء له.

والثاني: أن يجعلها إلى زمن لا يحمل فيه غالباً فلا يصح وإن عمل فيها فهل يستحق الأجر؟ على وجهين، وإن حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لأن العقد وقع فاسداً فلم يستحق ما شرط فيه.

والثالث: أن يجعل المدة زمناً يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح؟ على وجهين فإن قلنا لا يصح استحق الأجر وإن قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وإن لم يحمل فيها لم يستحق شيئاً، وإن شرط نصف الثمرة ونصف الأصل لم يصح لأن موضوع المساقاة أن يشتركا في النماء والفائدة فإذا شرط اشتراكهما في الأصل لم يجز كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال، فعلى هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءاً من ثمرتها مدة بقائها لم يجز وإن جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجز لأنه يخالف موضوع المساقاة.

فصل: وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضاً والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه.

وقد قال أحمد في رواية المروذي في رجل قال اغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلاً فما كان من غلة فلك بعمل كذا وكذا سهماً من كذا وكذا، فأجازه واحتج بحديث خيبر في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض فإن كان من العامل خرج على الروايتين فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل، وقال القاضي: المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له أرش

---

(١) ودي النخل: صغاره.

نقصها وبين إقرارها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض التي اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها، وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لأنه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن اتفقا على إبقاء الغراس ودفع أجر الأرض جاز، ولو دفع أرضه إلى رجل يغرسها على أن الشجر بينهما لم يجز على ما سبق ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فإن المزارع يبذر في الأرض فيكون الزرع بينه وبين صاحب الأرض وهذا نظيره، وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فالمعاملة فاسدة وجهاً واحداً، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه شرط اشتراكهما في الأصل ففسد كما لو دفع إليه الشجر والنخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما.

فصل: وإن ساقاه على شجر فبان مستحقاً بعد العمل أخذه ربه وثمرته لأنه عين ماله ولا حق للعامل في ثمرته لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لأنه غره واستعمله فلزمه الأجر كما لو غصب نقرة فاستأجر من ضربها دراهم، وإن شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربها وإن نقصت فلربها أرش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب، وإن استحقت بعد أن اقتسماها وأكلاها فلربها تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه، لأن الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لأن التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لأنه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم إنساناً شيئاً وقال له كله فإنه طعامي ثم تبين أنه مغصوب وإن ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لأنه ما قبض الثمرة كلها وإنما كان مراعياً لها وحافظاً فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله، وإن ضمن كل واحد منهما ما صار إليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير، وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة، فمن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال: يلزمه ضمانها ومن جعله لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها، قال: لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب.

باب المزارعة

مسألة: قال: (وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض).

معنى المزارعة: دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم قال البخاري قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزارع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين، وممن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد، وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد، قال البخاري: وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة.

وروي عن ابن عباس الأمران جميعاً وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان بياض الأرض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين ومنعها في الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية رسول الله ﷺ أنفع قال قلنا ما ذاك؟ قال قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى» وعن ابن عمر قال: ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا رافع بن خديج يقول: نهى رسول الله ﷺ عنها، وقال جابر: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة. وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها.

والمخابرة: المزارعة واشتقاقها من الخبار وهي الأرض اللينة والخبير الأكار، وقيل المخابرة معاملة أهل خيبر، وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه» وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال نهى

رسـول الله ﷺ عن المخابـرة، قلت وما المخـابرة؟ قـال: «أن يأخـذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع».

ولنا: ما روى ابن عمر قال: «إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منهـا من زرع أو ثمر» متفق عليه. وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله.

وقال أبو جعفر: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعـلي ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع، وهذا أمر صحيـح مشهور عمـل به رسـول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهـل بيت إلا عمل به، وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده فـروى البخاري عن ابن عمـر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشـطر ما يخـرج منها من زرع أو ثمـر فكان يعـطي أزواجه مـائة وسق وثـمانون وسقـاً تمراً وعشرون وسقـاً شعيـراً فقسم عمـر خيـبر فخـير أزواج النبي ﷺ أن يقـطع لهن من الأرض والمـاء أو يمضي لهن الأوسق فمنهن من اختـار الأرض ومنهن من اختـار الأوسق فكـانت عـائشـة اختـارت الأرض. ومثـل هـذا لا يجـوز أن ينســخ لأن النسـخ إنمـا يكـون في حيــاة رسـول الله ﷺ فأمـا شيء عمل بـه إلى أن مات ثم عمـل به خلفـاؤه بعده وأجمعت الصحـابـة رضـوان الله عليهم عليه وعملوا بـه ولم يخـالف فيـه منهم أحـد فكيف يجـوز نسخـه ومتى كـان نسخه؟ فإن كان نسخ في حيـاة رسول الله ﷺ فكيف عمـل به بعـد نسخه وكيف خفي نسخـه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها؟ فأين كان راوي النسـخ حتى لم يذكـره ولم يخبرهم به؟.

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه:

أحدها: أنه قد فسر المنهي عنـه في حديثـه بما لا يختلف في فسـاده فإنـه قال كنـا من أكثر الأنصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فـربما أخـرجت هذه ولم تخـرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما بالذهب والورق فلم ينهنا، متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمـون فلا بأس وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين.

الثاني: أن خبره ورد في الكـراء بثلث أو ربع والنـزاع في المزارعـة ولم يدل حـديثه عليهـا أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لأن القصة واحدة رويت بألفـاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر.

الثالث: أن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كثيراً يـوجب ترك العمـل بها لـو انفردت فكيف يقدم على مثل حديثنا؟.

قال الإمام أحمد حديث رافع ألوان وقال أيضاً حديث رافع ضروب، وقال ابن المنذر قـد جاءت الأخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهي كان لـذلك (منهـا) الذي ذكـرناه ومنهـا خمس أخرى، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس، قال زيد بن ثـابت أنا

أعلم بذلك منه، وإنما سمع النبي ﷺ رجلين قد اقتتلا فقال: «إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع» رواه أبو داود والأثرم، وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال: قلت لطاوس لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنها، قال إن أعلمهم - يعني ابن عباس - أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال: «أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً».

ثم إن أحاديث رافع منها ما يخالف الإجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الإطلاق، ومنها ما لا يختلف في فساده كما قد بينا وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير بن رافع وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب إخراجها واستعمال الأخبار الواردة في شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وبها عمل الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الأحاديث الواهية.

الجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين، ويستحيل القول بنسخ حديث خيبر لكونه معمولاً به من جهة النبي ﷺ إلى حين موته ثم من بعده إلى عصر التابعين، فمتى كان نسخه؟ وأما حديث جابر في النهي عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فإنه قد روى حديث خيبر أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه مهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خيبر لاستحالة نسخها كما ذكرنا، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت. فإن قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الأرض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة:

أحدها: أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه.

الثاني: أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوي له بما ذكرناه، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسره رواية به أولى من التحكم بما لا دليل عليه.

الثالث: أن قولهم يفضي إلى تقييد كل واحد من الحديثين، وما ذكرناه حمل لأحدهما وحده.

الرابع: أن فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهليهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته ومعانيها وهو أولى من قول من خالفهم.

الخامس: أن ما ذهبنا إليه مجمع عليه، فإن أبا جعفر روى عن كل أهل بيت بالمدينة، وعن الخلفاء الأربعة وأهليهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره

من الصحابة منكر فكان إجماعاً، وما روي في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا إجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم لا يسوغ لأحد خلافه والقياس يقتضيه، فإن الأرض عين تنمي بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالأثمان في المضاربة والنخل في المساقاة أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخيل ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة لأن أصحاب الأرض قد لا يقدرون على زرعها والعمل عليها والأكرة يحتاجون إلى الزرع ولا أرض لهم فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة ها هنا آكد لأن الحاجة إلى الزرع آكد منها إلى غيره لكونه مقتاتاً ولكون الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها بخلاف المال ويدل على ذلك قول راوي حديثهم نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً والشارع لا ينهى عن المنافع وإنما ينهى عن المضار والمفاسد فيدل ذلك على غلط الراوي في المنهي عنه وحصول المنفعة فيما ظنه منهياً عنه. إذا ثبت هذا فإن حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع وفي جوازها ولزومها وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها.

فصل: وإذا كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض التي بين الشجر جاز سواء قل بياض الأرض أو كثر نص عليه أحمد، وقال: قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز، وإن قال عاملتك على الأرض والشجر على النصف جاز لأن المعاملة تشملهما، وإن قال زارعتك على الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدراً، وإن قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لأن المزارعة مساقاة من حيث إنها تحتاج إلى السقي فيها لحاجة الشجر إليه، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض وتصح في النخل وحده وقيل ينبني على تفريق الصفقة.

ولنا: إنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كما لو عبر بلفظ البيع في السلم ولأن المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله، وهكذا إن قال في الأرض البيضاء ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها، فأما إن قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد وليس للعامل أن يزرع وبهذا قال الشافعي، وقال مالك وأبو يوسف للداخل زرع البياض فإن تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض لم يصح لأن الداخل يسقي لرب الأرض فتلك زيادة ازدادها عليه.

ولنا: إن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضاً مفردة.

فصل: وإن زارعه أرضاً فيها شجرات يسيرة لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازه مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لأنه يسير فيدخل تبعاً.

ولنا: إنه اشتراط الثمرة كلها فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث.

فصل: وإن أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لأنهما عقدان يجوز إفراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع، والإجارة، ويحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الأصل والأول أولى إلا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في إبطال الحيل.

مسألة: قال: (إذا كان البذر من رب الأرض).

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض والعمل من العامل نص عليه أحمد في رواية جماعة واختاره عامة الأصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي وإسحاق لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة.

وقد روي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك. وقد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا. فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز. وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح إن شاء الله تعالى.

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً. والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرتها.

وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. أخرجهما البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر. وظاهره أن البذر من أهل خيبر. والأصل المعول عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجز الإخلال بنقله. ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعاً. فإن البخاري روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان إجماعاً. فإن قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر رضي الله عنه؟ قلنا يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاؤوا فمن اختار عقداً عقده معه معيناً كما لو قال في البيع إن شئت بعتكه بعشرة صحاح وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختار أحدهما فعقد البيع معه عليه معيناً،

ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع إقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ولهذا روي عن أحمد رحمه الله صحة الإجارة فيما إذا قال إن خطته رومياً فلك درهم وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم. وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والإجماع اللذين ذكرناهما فكيف يعمل به؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما.

فصل: فإن كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها. لأنها إن كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه. وإن كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله فيتقاصان بقدر الأقل منها ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل. وإن شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع بينهما. وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ويتراجعان كما ذكرناوكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل.

فصل: فإن قال صاحب الأرض أجرتك نصف أرضي هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض. وإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا تختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما، ويحتمل أن لا يصح لأن البذر عوض فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض. وإن قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرجا البذر فهي كالتي قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال.

مسألة: قال: (فإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما ما بقي لم يجز).

وكانت للمزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الأرض، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فلا يصح. لأنه كأنه اشترط لنفسه قفزاناً معلومة وذلك شرط فاسد تفسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا تخرجها الأرض. وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبني على الروايتين في صحة هذا الشرط.

وقد ذكر الخرقي أنه فاسد فإذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس المال من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر. لأنه عين ماله ينقلب من حال إلى حال وينمو فصار كصغار الشجر إذا غرس فطال والبيضة إذا حضنت فصارت فرخاً. والبذر ها هنا من المزارع فكان الزرع له وعليه أجر الأرض. لأن ربها إنما بذلها له

بعوض لم يسلم له فرجع إلى عوض منافعها النابتة بزرعها على صاحب الزرع. ولو فسدت والبذر من رب الأرض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك. وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل الأرض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الأرض.

فصل: وإن زارعه على أن لرب الأرض زرعاً بعينه وللعامل زرعاً بعينه مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ما على السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد بإجماع العلماء. لأن الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ. ولأنه يؤدي إلى تلف ما عين لأحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه.

فصل: والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين:

أحدهما: ما يعود بجهالة نصيب كل واحد منهما مثل ما ذكرنا ها هنا أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً أو دراهم معلومة أو أقفزة معينة أو أنه إن سقى سيحاً فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا، فهذا يفسدها لأنه يعود إلى جهالة المعقود عليه فأشبه البيع بثمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما. وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص عن أحمد فساد العقد. لأن الشرط إذا فسد لزم كون الزرع لرب البذر لكونه نماء ماله فلا يحصل لرب الأرض شيء منه ويستحق الأجر وهذا معنى الفساد. فأما إن شرط ما لا يفضي إلى جهالة الربح كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط الفاسد في البيع والمضاربة.

فصل: وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضاً. لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الأرض والعمل. وإن قال صاحب الأرض لرجل: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي ويكون سقيها من مائك والزرع بيننا ففيها روايتان:

إحداهما: لا يصح. اختارها القاضي لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر. لأن الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به؟.

والثانية: يصح. اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان وحرب. لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والأول أصح لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه.

فصل: وإن اشترك ثلاثة من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه في رواية أبي داود ومهنا وأحمد بن القاسم. وذكر حديث مجاهد أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدهم علي

الفـدان[١] وقال الآخـر قبلي الأرض وقـال الآخر قبـلي البذر وقـال الآخر قبـلي العمـل فجعـل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر وألغى صاحب الأرض وجعـل لصاحب العمـل كل يـوم درهماً ولصاحب الفدان شيئاً معلوماً. فقـال أحمد لا يصح والعمل عـلى غيره. وذكـر هذا الحـديث سعيد بن منصور عن الوليد بن مسلم عن الأوزاعي وعن واصل بن أبي جميل عن مجـاهد وقـال في آخره فحدثت به مكحولاً فقال: ما يسرني بهذا الحديث وصيفاً[٢]. وحكم هذه المسألة حكم المسألة التي ذكرناها في صدر الفصل وهما فاسدان. لأن موضوع المزارعة عـلى أن البذر من رب الأرض أو من العـامل وليس هـو ها هنـا من واحـد منهـا وليست شركـة. لأن الشركـة تكـون بالأثمان وإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ها هنا. وليست إجارة لأن الإجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحـاب الرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لأنه نماء ماله ولصاحبيه عليه أجر مثلهـا لأنهما دخلا عـلى أن يسلم لهما المسمى فإذا لم يسلم عاد إلى بدلـه وبهذا قـال الشافعي وأبـو ثور. وقـال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل. والصحيح أن النماء لصاحب البذر ولا تلزمه الصدقة به كسـائر مـالـه ولـو كانت الأرض لثـلاثة فـاشتركـوا على أن يـزرعوهـا ببذرهم ودوابهم وأعـوانهم عـلى أن مـا أخرج الله بينهم على قدر مالهم فهو جائـز وبهذا قـال مالـك والشافعي وأبـو ثور وابن المنـذر ولا نعلم فيه خلافاً. لأن أحدهم لا يفضل صاحبيه بشيء.

فصـل: وإذا زارع رجـلاً وآجـره أرضـه فـزرعهـا وسقط من الحب شيء فنبت في تلك الأرض عاماً آخر فهو لصـاحب الأرض، نص عليه أحمـد في رواية أبي داود ومحمـد بن الحـارث وقال الشافعي: هو لصاحب الحب. لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً.

ولنا: أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنـه. لأن العادة تـرك ذلك لمن يأخذه ولهذا أبيح التقاطه ورعيه ولا نعلم خلافاً في إبـاحة التقـاط ما خلفـه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له وصار كالشيء التافـه يسقط منه كالثمرة واللقمة ونحوهما والنـوى لو التقـطه إنسان فغـرسه كـان له دون من سقط منـه كذا ها هنا.

فصل: في إجارة الأرض تجوز إجارتها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المطعوم في قول أكثر أهل العلم قال أحمد: قلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الأرض وقتـاً معلوماً جـائز بـالذهب والفضـة روينا هـذا القول عن سعيـد ورافـع بن خديـج وابن عمر وابن عبـاس وبه قـال سعيـد بن المسيب وعـروة والقـاسم وسـالم وعبد الله بن الحارث ومالك والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روى رافع أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع متفق عليه.

---

(١) الفدان: الثور أو الثوران يقرن بينهما للحرث أو المحراث ونحوه.
(٢) الوصيف: الخـادم أو الخـادمـة.

ولنا: إن رافعاً قال أما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم «أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس» وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض فقال نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض قال فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها أما بالذهب والفضة فلا بأس» متفق عليه، وعن سعد قال كنا نكري الأرض بما على السواقي وما سعد[1] بالماء منها فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة رواه أبو داود، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إجارتها بالأثمان ونحوها كالدور. والحكم في العروض كالحكم في الأثمان، وأما حديثهم فقد فسره الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فإن راويها واحد وقد رواه عاماً وخاصاً فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الأحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم.

فأما إجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يؤجرها بمطعوم غير الخارج منها معلوم فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وغكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع إجارتها باللبن والعسل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيبته قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز والحجة لمالك ما روى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجة، وروى ظهير بن رافع قال دعاني رسول الله ﷺ فقال: «ما تصنعون بمحاقلكم؟» قلت نؤاجرها على الربع أو على الأوسق من التمر أو الشعير قال لا تفعلوا ازرعوها أو أمسكوها». متفق عليه، وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكرأء الأرض بالحنطة.

ولنا: قول رافع فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إجارتها به كالأثمان، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إجارتها بذلك إذا كان خارجاً منها ويحتمل النهي عنه إذا آجرها بالربع والأوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا اكتراها لزرع الحنطة.

القسم الثاني: إجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كإجارتها بقفزان حنطة لزرعها فقال أبو الخطاب فيها روايتان:

إحداهما: المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهباً وهي قول مالك لما تقدم من الأحاديث

---

(١) سعد بالماء: أي روي بالماء

ولأنها ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لأنه يجعل مكان قوله زارعتك آجرتك فتصير مزارعة بلفظ الإجارة والذرائع معتبرة.

والثانية: جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الأوّل ولأن ما جازت إجارته بغير المطعوم جازت به كالدور.

القسم الثالث: إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربع فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الأصحاب واختار أبو الخطاب أنها لا تصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الأحاديث في النهي من غير معارض لها، ولأنها إجارة بعوض مجهول فلم تصح كإجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى، ولأنها إجارة لعين ببعض نمائها فلم تجز كسائر الأعيان، ولأنه لا نص في جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص فإن النصوص إنما وردت بالنهي عن إجارتها بذلك ولا نعلم في تجويزها نصاً، والمنصوص على جوازه إجارتها بذهب أو فضة أو شيء مضمون معلوم وليست هذه كذلك، فأما نص أحمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ولزومها وفيما يلزم العامل ورب الأرض وسائر أحكامها والله أعلم.

كتاب الإجارات

الأصل في جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقال تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ، قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْراً فَمِنْ عِنْدِكَ﴾ [القصص: ٢٦ ـ ٢٧] وروى ابن ماجة في سننه عن عتبة بن الندر قال كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال: «إن موسى عليه السلام آجر نفسه ثماني حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه» وقال الله تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لاَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾ [الكهف: ٧٧] وهذا يدل على جواز أخذ الأجر على إقامته.

وأما السنة: فثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الديل هادياً خريتاً[1] وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره» والأخبار في هذا كثيرة. وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك لأنه غرر يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار، والعبرة أيضاً دالة عليها فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعاً به فلا بد من الإجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله طريقاً للرزق حتى

---

(١) الخريت: الدليل.

أن أكثر المكاسب بالصنائع، وما ذكره من الغرر لا يلتفت إليه مع ما ذكرنا من الحاجة فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تتلف بمضي الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الأعيان.

فصل: واشتقاق الإجارة من الأجر وهو العوض قال الله تعالى: ﴿لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾ ومنه سمي الثواب أجراً لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته أو صبره على مصيبته.

فصل: وهي نوع من البيع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع بمنزلة الأعيان لأنه يصح تمليكها في حال الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والإتلاف ويكون عوضها عيناً وديناً، وإنما اختصت باسم كما اختص بعض البيوع باسم كالصرف والسلم. إذا ثبت هذا فإنها تنعقد بلفظ الإجارة والكراء لأنهما موضوعان لها، وهل تنعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: تنعقد به لأنها بيع فانعقدت بلفظه كالصرف.

والثاني: لا تنعقد به لأن فيها معنى خاصاً فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ولأن الإجارة تضاف إلى العين التي يضاف إليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالعقود المتباينة ولأنه عقد يخالف البيع في الحكم والاسم فأشبه النكاح.

فصل: ولا تصح إلا من جائز التصرف لأنها عقد تمليك في الحياة فأشبه البيع.

مسألة: قال: (وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد إلا أن يشترطا أجلاً).

هذه المسألة على أحكام ستة:

أحدها: أن المعقود عليه المنافع وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي، وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين لأنها الموجودة والعقد يضاف إليها فيقول أجرتك داري كما يقول بعتكها.

ولنا: إن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الأعيان ولأن الأجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين. وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة ولو قال أجرتك منفعة داري جاز.

الثاني: أن الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة ولا خلاف في هذا نعلمه ولأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل، فإن قدر المدة بسنة مطلقة حمل على سنة الأهلة لأنها المعهودة في الشرع قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩]

فوجب أن يحمل العقد عليه فإن شرط هلالية كان تأكيداً، وإن قال عددية أو سنة بالأيام كان له ثلاثمائة وستون يوماً لأن الشهر العددي يكون ثلاثين يوماً، وإن استأجر سنة هلالية أو الهلال عد اثني عشر شهراً بالأهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً لأن الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى، وإن كان العقد في أثناء شهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالهلال ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لأنه الأصل، وحكي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يستوفي الجميع بالعدد لأنها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها به كما لو كانت المدة شهراً واحداً. ولأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثنائه فكذلك كل شهر يأتي بعده، ولأبي حنيفة والشافعي كالروايتين، وهكذا إن كان العقد على أشهر دون السنة وإن جعلا المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وكانا يعلمان ذلك جاز وكان له ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً فإن الشهور الرومية منها سبعة أحد وثلاثون يوماً وأربعة وثلاثون يوماً وشهر واحد ثمانية وعشرون يوماً، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوي سنتهم السنة الرومية، وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح لأن المدة مجهولة في حقه وإن آجره إلى العيد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه لأنه جعله غاية فتنتهي مدة الإجارة بأوله. وقال القاضي لا بد من تعيين العيد فطراً أو أضحى من هذه السنة أو سنة كذا، وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين كجمادى وربيع يجب على قوله أن يذكر الأول أو الثاني من سنة كذا، وإن علقه بشهر مفرد كرجب وشعبان فلا بد أن يبينه من أي سنة وإن علقه بيوم فلا بد على قوله أن يبينه من أي أسبوع وإن علقه بعيد من أعياد الكفار صح إذا علماه وإلا لم يصح وقد مضى نحو من هذا.

فصل: ولا يشترط في مدة الإجارة أن تلي العقد بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث أو شهر رجب في المحرم صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارته ففيه قولان لأنه عقد على ما لا يمكن تسليمه في الحال فأشبه إجارة العين المغصوبة. قال ولا يجوز أن يكتري بعيراً بعينه إلا عند خروجه لذلك.

ولنا: إن هذه مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتي تلي العقد، وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة لما ذكرناه وما ذكروه يبطل بما إذا أجرها من المكتري فإنه يصح مع ما ذكروه. إذا ثبت هذا فإن الإجارة إن كانت على مدة تلي العقد لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد وإن كانت لا تليه فلا بد من ذكر ابتدائها لأنه أحد طرفي العقد فاحتيج إلى معرفته كالانتهاء وإن أطلق فقال أجرتك سنة أو شهراً صح وكان ابتداؤه من حين العقد وهذا قول مالك وأبي حنيفة، وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي فإن أحمد قال في رواية اسماعيل بن سعيد إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يسمي الشهر.

ولنا: قول الله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام: ﴿عَلَى أَنْ تأجرَني ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] ولم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قربة فإذا أطلقها وجب أن تلي السبب الموجب كمدة السلم والإيلاء وتفارق النذر فإنه قربة.

فصل: ولا تتقدر أكثر مدة الإجارة بل تجوز إجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت وهذا قول كافة أهل العلم إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال له قولان:

أحدهما: كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح.

الثاني: لا يجوز أكثر من سنة لأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها ومنهم من قال له قول ثالث إنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الأسعار والأجر.

ولنا: قول الله تعالى إخباراً عن شعيب عليه السلام أنه قال: ﴿عَلَى أَنْ تأجرَني ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشراً فَمِنْ عِنْدِكَ﴾ [القصص: ٢٧] وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم على نسخه دليل، ولأن ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها كالبيع والنكاح والمساقاة والتقدير بسنة وثلاثين تحكم لا دليل عليه وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصان منه، وإذا استأجره سنين لم يحتج إلى تقسيط الأجر على كل سنة في ظاهر كلام أحمد كما لو استأجر سنة لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل شهر بالاتفاق ولو استأجر شهر لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل يوم، ولأن المنفعة كالأعيان في البيع ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير ثمن كل عين كذلك ها هنا. وقال الشافعي في أحد قوليه كقولنا وفي الآخر يفتقر إلى تقسيط أجر كل سنة لأن المنافع تختلف باختلاف السنين فلا يأمن أن ينفسخ العقد فلا يعلم بما يرجع وهذا يبطل بالشهور. فإنه لا يفتقر إلى تقسيط الأجر عليها مع الاحتمال الذي ذكروه.

فصل: والإجارة على ضربين:

أحدهما: أن يعقدها على مدة.

والثاني: أن يعقدها على عمل معلوم كبناء حائط وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين فإذا كان المستأجر مما له عمل كالحيوان جاز فيه الوجهان لأن له عملاً تتقدر منافعه به، وإن لم يكن له عمل كالدار والأرض لم يجز إلا على مدة، ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأن الجمع بينهما يزيدها غرراً لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة وقد لا يفرغ من العمل في المدة فإن أتمه عمل في غير المدة، وإن لم يعمله لم يأت بما وقع عليه العقد وهذا غرر أمكن التحرز عنه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه.

وروي عن أحمد فيمن اكترى دابة إلى موضع على أن يدخله في ثلاث فدخله في ست فقال قد أضر به فقيل يرجع عليه بالقيمة؟ قال لا يصالحه وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعاً

وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن لأن الإجارة معقودة على العمل والمدة مذكورة للتعجيل فلا يمتنع ذلك. فعلى هذا إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في بقيتها لأنه وفى ما عليه قبل مدته فلم يلزمه شيء آخر كما لو قضى الدين قبل أجله، وإن مضت المدة قبل العمل فللمستأجر فسخ الإجارة لأن الأجير لم يف له بشرطه وإن رضي بالبقاء عليه لم يملك الأجير الفسخ لأن الإخلال بالشرط منه فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ كما لو تعذر أداء المسلم فيه في وقته لم يملك المسلم إليه الفسخ ويملكه المسلم فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وجوده لم يكن له أكثر من المسلم فيه، وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل سقط الأجر والعمل، وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله لأن العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل.

فصل: ومن اكترى دابة إلى العشاء فأخر المدة إلى غروب الشمس، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور آخرها زوال الشمس لأن العشاء آخر النهار وآخر النهار النصف الآخر من الزوال ولذلك جاء في حديث ذي اليدين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «صلى بنا النبي ﷺ إحدى صلاتي العشي يعني الظهر أو العصر هكذا تفسيره».

ولنا: قول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ﴾ يعني العتمة، وقال النبي ﷺ: «لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل» وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس لأن هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة فدل على أن الأولى المغرب وهو في العرف كذلك فوجب أن يتعلق الحكم به لأن المدة إذا جعلت إلى وقت تعلقت بأوله كما لو جعلها إلى الليل، وما ذكروه لا يصح لأن لفظ العشي غير لفظ العشاء فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد، ثم لو ثبت أن معناهما واحد غير أن أهل العرف لا يعرفونه فلا يتعلق به حكم، وكذلك الحكم فيما إذا اكتراها إلى العشي لأن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه، وإن اكتراها إلى الليل فهو إلى أوله وكذلك إن اكتراها إلى النهار فهو إلى أوله، ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الأولى والنهار في الثانية لما ذكرناه في مدة الخيار والأول أصح، وإن اكتراها نهاراً فهو إلى غروب الشمس وإن اكتراها ليلة فهي إلى طلوع الفجر في قول الجميع لأن الله تعالى قال في ليلة القدر: ﴿سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ﴾ [القدر: ٥] وقال تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾ - ثم قال -: ﴿فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧].

فصل: وإن اكترى فسطاطاً إلى مكة ولم يقل متى أخرج فالكراء فاسد وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي وقال أصحاب الرأي يجوز استحساناً بخلاف القياس.

ولنا: إنها مدة غير معلومة الابتداء فلم يجز كما قال أجرتك داري من حين يخرج الحاج إلى آخر السنة وقد اعترفوا بمخالفته للدليل وما ادعوه دليلاً لا نسلم كونه دليلاً.

فصل: الحكم الثالث: أنه يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً لا نعلم في ذلك خلافاً وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوماً كالثمن في البيع، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء، فإن كان العوض معلوماً بالمشاهدة دون القدر كالصبرة احتمل وجهين أشبههما الجواز لأنه عوض معلوم يجوز به البيع فجازت به الإجارة كما لو علم قدره.

والثاني: لا يجوز لأنه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه والأول أولى، وظاهر كلام الخرقي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ثم الفرق بينهما أن المنفعة ها هنا أجريت مجرى الأعيان لأنها متعلقة بعين حاضرة والمسلم يتعلق بمعدوم فافترقا وللشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل.

فصل: وكل ما جاز ثمناً في البيع جاز عوضاً في الإجارة لأنه عقد معاوضة أشبه البيع، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عيناً ومنفعة أخرى سواء كان الجنس واحداً كمنفعة دار بمنفعة أخرى أو مختلفاً كمنفعة دار بمنفعة عبد، قال أحمد لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم وبهذا كله قال الشافعي قال الله تعالى إخباراً عن شعيب أنه قال: ﴿**إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ**﴾ [القصص: ٢٧] فجعل النكاح عوض الإجارة، وقال أبو حنيفة فيما حكي عنه لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة كسكنى دار بمنفعة بهيمة لأن الجنس الواحد عنده يحرم النساء، وكره الثوري الإجارة بطعام موصوف، والصحيح جوازه وهو قول إسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي لأنه عوض يجوز في البيع فجاز في الإجارة كالذهب والفضة وما قاله أبو حنيفة لا يصح لأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة، ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين لأنه يكون بيع دين بدين.

فصل: ولو استأجر رجلاً ليسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أو لا وهل هو ثخين أو رقيق، ولأنه لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع فلا يجوز أن يكون عوضاً في الإجارة كسائر المجهولات فإن سلخه بذلك فله أجر مثله، وإن استأجره لطرح ميتة بجلدها فهو أبلغ في الفساد لأن جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه وقد خرج بموته عن كونه ملكاً وإن فعل فله أجر مثله أيضاً.

فصل: ولو استأجر راعياً لغنم بثلث درها ونسلها وصوفها وشعرها أو نصفه أو جميعه لم يجز نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد النسائي لأن الأجر غير معلوم، ولا يصلح عوضاً في البيع، وقال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ويتحفظها وما ولدت من ولد بينهما فقال أكره ذلك، وبه قال أبو أيوب وأبو خيثمة ولا أعلم فيه مخالفاً وذلك لأن العوض مجهول معدوم ولا يدري أيوجد أم لا والأصل عدمه، ولا يصلح أن يكون ثمناً فإن قيل فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها، قلنا إنما جاز ثم

تشبيهاً بالمضاربة لأنها عين تنمى بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء والمساقاة كالمضاربة وفي مسألتنا لا يمكن ذلك لأن النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يمكن إلحاقه بذلك، وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة بنصفها أو جزء معلوم منها صح لأن العمل والأجر والمدة معلوم فصح كما جعل الأجر دراهم ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك لأنه ملك الجزء المجعول له منها في الحال فيكون له نماؤه كما لو اشتراه.

فصل: الحكم الرابع: أن الإجارة إذا تمت وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة ويكون حدوثها على ملكه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لأنها معدومة فلا تكون مملوكة كالثمرة والولد.

ولنا: أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجرها صار المستأجر مالكاً للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت إلى المستأجر بخلاف الولد والثمرة فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها، وقولهم إن المنافع معدومة قلنا هي مقدرة الوجود لأنها جعلت مورداً للعقد والعقد لا يرد إلا على موجود.

فصل: الحكم الخامس: أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلاً كما يملك البائع الثمن بالبيع وبهذا قال الشافعي، وقال مالك وأبو حنيفة لا يملكها بالعقد فلا يستحق المطالبة بها إلا يوماً بيوم إلا أن يشترط تعجيلها. قال أبو حنيفة إلا أن تكون معينة كالثوب والعبد والدار لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فأمر بإيتائهن بعد الارتضاع وقال النبي ﷺ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره» فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب وروي عنه عليه السلام أنه قال: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» رواه ابن ماجة ولأنه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد فإن المنافع معدومة لم تملك ولو ملكت فلم يتسلمها لأنه يتسلمها شيئاً فشيئاً فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد.

ولنا: أنه عوض أطلق ذكره في العقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرنا، فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها كما قال تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾ [النحل: ٩٨]. أي إذا أردت القراءة ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب ولا يقولون به وكذلك الحديث يحققه أن الأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله كقوله: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤]. والصداق يجب قبل الاستمتاع وهذا هو الجواب عن الحديث ويدل عليه أنه إنما توعد على ترك الإيفاء بعد

الفـراغ من العمل، وقـد قلتم يجب الأجر شيئـاً فشيئاً ويحتمـل أنه تـوعده عـلى ترك الإيفـاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة.

جواب آخر أن الآية والأخبار إنما وردت فيمن استؤجر على عمل فـأما مـا وقعت الإجارة فيه على مدة فلا تعرض لها به، وأما إذا كانت الإجارة على عمل فـإن الأجر يملك بـالعقد أيضـاً لكن لا يستحق تسليمـه إلا عند تسليم العمـل. قال ابن أبي مـوسى من استؤجر لعمـل معلوم استحق الأجر عند إيفاء العمل وإن استؤجر في كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه، وقـال أبو الخـطاب: الأجر يملك بـالعقد ويستحق بـالتسليم ويستقـر بمضي المـدة وإنمـا تـوقف استحقاق تسليمه على العمل لأنه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مـع تسليم المعوض كـالصداق والثمن في المبيع، وفارق الإجارة على الأعيان لأن تسليمها جـرى مجرى تسليم نفعهـا ومتى كان على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل، وقولهم لم يملك المنافع قد سبق الجواب عنه فإن قيـل فإن المؤجـر إذا قبض الأجر انتفع به كله بخلاف المستأجر فإنـه لا يحصل لـه استيفاء المنفعـة كلها قلنـا لا يمتنع هـذا كما لـو شرطا التعجيل أو كان الثمن عيناً.

فصل: **الحكم السادس**: أنه إذا شرط تأجيل الأجر فهو إلى أجله وإن شرطه منجماً يومـاً يوماً أو شهراً شهراً أو أقـل من ذلك أو أكـثر فهو عـلى ما اتفقـا عليه لأن إجـارة العـين كبيعهـا وبيعها يصح بثمن حال أو مؤجل فكذلك إجارتها.

فصل: وإذا استوفى المستأجر المنـافع استقـر الأجر لأنـه قبل المعقـود عليه فـاستقر عليـه البدل كما لـو قبض المبيع، وإن سلمت إليـه العين التي وقعت الإجـارة عليها ومضت المـدة ولا حـاجز لـه عن الانتفاع استقـر الأجر وإن لم ينتفـع لأن المعقود عليـه تلف تحت يده وهي حقـه فاستقر عليه بدلهـا كثمن المبيع إذا تلف في يـد المشتري، وإن كـانت الإجارة عـلى عمل فتسلم المعقـود عليه ومضت مـدة يمكن استيفاء المنفعـة فيها مثـل أن يكـتري دابـة لـيركبهـا إلى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا يستقـر عليه الأجـر وهو مـذهب الشافعي لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه كما لو تلفت العين في يـد المشتري وكـما لو كانت الإجارة على مدة فمضت، وقال أبـو حنيفة لا يستقـر الأجر عليـه حتى يستوفي المنفعـة لأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها قبل استيفائها كالأجر للأجير المشترك، فإن بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقـر الأجر عليـه لأن المنافـع تلفت باختياره في مدة الإجارة فاستقر عليه الأجر كما لو كانت في يده، وإن بـذل تسليم العين وكـانت الإجارة على عمل فقال أصحابنا إذا مضت مـدة يمكن الاستيفاء فيهـا استقر عليـه الأجر وبهـذا قال الشافعي لأن المنافع تلفت باختياره.

وقال أبو حنيفة: لا أجر عليه وهو أصح عندي لأنـه عقد عـلى ما في الـذمة فلم يستقـر عوضه ببـذل التسليم كالمسلم فيـه ولأنه عقـد على منفعـة غير مؤقتـة بزمن فلم يستقـر عوضهـا

بالبذل كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها، وإن كان هذا في إجارة فاسدة ففيما إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه لأنها لم تتلف تحت يده ولا في ملكه، وإن قبضها ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن فعن أحمد روايتان:

إحداهما: عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده وهو قول الشافعي لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمته كما لو استوفاها.

والثانية: لا شيء له وهو قول أبي حنيفة لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد، فعليه أجر المثل، وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يجب أقل الأمرين من المسمى أو أجر المثل بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد.

ولنا: أن ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد كالأعيان وما ذكره لا نسلمه والله أعلم.

مسألة: قال: (وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضي كل شهر).

وجملة ذلك: أنه إذا قال أجرتك هذا كل شهر بدرهم فاختلف أصحابنا فذهب القاضي إلى أن الإجارة صحيحة وهو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور واختيار الخرقي إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد لأنه معلوم يلي العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار إن كانت الإجارة على دار لأنه مجهول حال العقد فإذا تلبس به تعين بالدخول فيه فصح بالعقد الأول، وإن لم يتلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ، وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي وحكي عن مالك نحو هذا إلا أن الإجارة لا تكون لازمة عنده لأن المنافع متقدرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في اللزوم، واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثوري والصحيح من قولي الشافعي لأن كل اسم للعدد فإذا لم يقدره كان مبهماً مجهولاً فيكون فاسداً كما لو قال أجرتك مدة أو شهراً، وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد في هذا على أن الإجارة وقعت على أشهر معينة.

ووجه الأول: «أن علياً رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي ﷺ يأكل منه، قال علي كنت أدلو الدلو بتمرة وأشترطها جلدة، وعن رجل من الأنصار أنه قال ليهودي أسقي نخلك؟ قال نعم كل دلو بتمرة واشترط الأنصاري أن لا يأخذها خدرة ولا تارزة ولا حشفة[1] ولا يأخذ إلا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي ﷺ».

---

(١) الخدرة: التمرة التي تقع من النخل قبل النضج. والتارزة: اليابسة. والحشفة: أردأ التمر.

رواهما ابن ماجة في سننه وهو نظير مسألتنا، ولأن شروعه في كل شهر مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها.

فعلى هذا: متى ترك التلبس به في شهر لم تثبت الإجارة فيه لعدم العقد، وإن فسخ فكذلك وليس بفسخ في الحقيقة لأن العقد في الشهر الثاني ما ثبت، فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد وهو عذر غير صحيح لأن العقد الفاسد في الأعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ها هنا إلا فيما استوفاه، وقول مالك لا يصح لأن الإجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة.

فصل: إذا قال: أجرتك داري عشرين شهراً كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف نعلمه لأن المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال لأنها مدة واحدة فأشبه ما لو قال آجرتك عشرين شهراً بعشرين درهماً، وإن قال: آجرتكها شهراً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الأول لأنه أفرده بالعقد وبطل في الزائد لأنه مجهول، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال: آجرتكها كل شهر بدرهم لأن معناهما واحد، ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم أو قال بدرهمين صح في الأول. وفيما بعده وجهان.

فصل: والإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخها وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لأنها عقد معاوضة فكان لازماً كالبيع، ولأنها نوع من البيع وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم باسم وسواء كان له عذر أو لم يكن، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز للمكتري فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكتري جملاً ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع نفقته أو يكتري دكاناً للبز فيحترق متاعه وما أشبه هذا لأن العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استأجر عبداً فأبق.

ولنا: أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع، ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكتري لجاز لعذر المكري تسوية بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن كل واحد من العاقدين ولم يجز ثم فلا يجوز ها هنا ويفارق الإباق فإنه عذر في المعقود عليه.

مسألة: قال: (ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تقضيها فقد لزمته الأجرة كاملة).

وجملته: أن الإجارة عقد لازم يقتضي تمليك المؤجر الأجر والمستأجر المنافع فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه لم تنفسخ الإجارة والأجر لازم له

ولم يزل ملكه عن المنافع كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه قال الأثرم قلت لأبي عبد الله رجل اكترى بعيراً فلما قدم المدينة قال لـه فاسخني، قـال ليس ذلك لـه قد لـزمه الكـراء، قلت فإن مرض المستكري بالمدينة فلم يجعل له فسخاً، وذلك لأنه عقد لازم بين الطرفين فلم يملك أحـد المتعاقدين فسخه وإن فسخ لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع.

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في إبـاحة إجارة العقار قـال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جـائز ولا تجـوز إجارتهـا إلا في مدة معينة معلومة ولا بد من مشاهدته وتحديده فإنه لا يصير معلوماً إلا بـذلك ولا يجـوز إطلاقـه ولا وصفهوبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور: إذا ضبط بالصفة أجزأ، وقال أصحاب الرأي: له خيار الرؤية كقولهم في البيع ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على البيع، والخلاف ها هنا مبني على الخلاف في البيع ولم يكتف بالصفة لأنه لا يصير معلوماً بالرؤية كما لا يعلم في البيـع إلا بذلـك فإن كـان داراً أو حماماً احتاج إلى مشاهدة البيوت لأن الغرض يختلف بصغرها وكبرها ومرافقها ومشاهـدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة ماء الحمام إما من قناة أو بئر فإن كـان من بئر احتـاج إلى مشاهدتها ليعلم عمقها ومؤنة استسقاء المـاء منها ومشـاهدة الأتـون ومطرح الـرماد ومـوضع الزبل ومصرف ماء الحمام، فمتى أخل بهذا أو بعضه لم تصح للجهالة بما يختلف الغرض به.

فصـل: وكره أحمـد كراء الحـمام وسئل عن كـرائه فقـال أخشى فقيل لـه إذا شرط عـلى المكتري أن لا يدخله أحد بغير إزار فقال ومن يضبط هذا؟ وكأنه لم يعجبـه قال ابن حـامد هـذا على طريق الكراهة تنزيهاً لا تحـريماً لأنـه تبـدو فيـه عورات النـاس فتحصل الإجـارة على فعـل محظور فكرهه لذلك فأما العقد فصحيح وهذا قول أكثر أهـل العلم. قال ابنَ المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحمام جائز إذا حدده وذكر جميع آلته شهوراً مسماة وهـذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لأن المكتري إنما يأخذ الأجر عـوضاً عن دخـول الحمام والاغتسال بمائه وأحوال المسلمين محمـولة عـلى السلامـة وإن وقع من بعضهم فعـل ما لا يجوز لم يحرم الأجر المأخوذ منه كما لو اكترى داراً ليسكنها فشرب فيها خمراً.

مسألة: قال: (ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند تقضي المدة).

وجملته: أن المستأجـر يملك المنافـع بالعقـد كما يملك المشـتري المبيع بـالبيع ويـزول ملك المؤجر عنها كما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز له التصرف فيهـا لأنها صارت مملوكـة لغيره كـما لا يملك البائـع التصرف في المبيع، فـإن تصرف فيها نـظرنا فـإن كـان ذلـك في حـال بـدا للمستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المـالك بقيـة السنة أو يؤجرها لغيره احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المـالك لأنـه يتصرف فيه قبـل قبض المكتري له فأشبه ما لو تلف المكيـل قبل تسليمـه وسلم باقيـه. فعلى هـذا إن تصرف المالـك في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر مـا تصرف فيه دون مـا لم يتصرف فيه ويكـون على المستأجر ما بقي، فلو سكن المستأجر شهراً وتركها شهراً وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر

أجر شهرين وإن سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بقسط ذلك مما على المستأجر من الأجر ويلزمه الباقي لأنه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه فأشبه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له وقبض الدار ها هنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والإجارة وغيرها، فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجر والأول أولى وهو ظاهر مذهب الشافعي، وإن تصرف المالك قبل تسلم العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الإجارة انفسخت الإجارة وجهاً واحداً لأن العاقد قد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد كما لو باعه طعاماً فأتلفه قبل تسليمه، وإن سلمها إليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ويجب أجر الباقي بالحصة كالمبيع إذا سلم بعضه وأتلف بعضاً.

مسألة: قال: (فإن حوله المالك قبل تقضي المدة لم يكن له أجر لما سكن).

يعني إذا استأجر عقاراً مدة فسكنه بعض المدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الأجرة، وقال أكثر الفقهاء له أجر ما سكن لأنه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة فلزمه عوضه كالمبيع إذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته كما لو تعذر استيفاء الباقي لأمر غالب.

ولنا: أنه لم يسلم إليه ما عقد الإجارة عليه فلم يستحق شيئاً كما لو استأجره ليحمل كتاباً فحمله بعض الطريق أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعاً فحفر له عشراً وامتنع من حفر الباقي، وقياس الإجارة على الإجارة أولى من قياسها على البيع، ويفارق ما إذا امتنع لأمر غالب لأن له عذراً، والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة أو آجر نفسه أو عبده للخدمة مدة وامتنع من إتمامها أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء إلى مكان وامتنع من إتمام العمل كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه وأنه لا يستحق شيئاً لما ذكرنا.

فصل: إذا هرب الأجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الإجارة لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ فإن فسخ فلا كلام وإن لم يفسخ انفسخت الإجارة بمضي المدة يوماً فيوماً فإن عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها فإن انقضت المدة انفسخت الإجارة لفوات المعقود عليه وإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله كما لو أسلم إليه في شيء فهرب ابتيع من ماله. فإن لم يكن ثبت للمستأجر الفسخ فإن فسخ فلا كلام. وإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقدر عليه فله مطالبته بالعمل. لأن ما في الذمة لا يفوت بهربه، وكل موضع امتنع الأجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا

كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل إن لم يكن على مدة قبل فسخ المستأجر فيكون له أجر ما عمل. فأما إن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الأجر بقدر ما استوفى بكل حال.

مسألة: قال: (فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه).

وجملته: أن من استأجر عيناً مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة:

أحدها: أن تتلف العين كدابة تنفق أو عبد يموت فذلك على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تتلف قبل قبضها فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه. لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه. فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه.

الثاني: أن تتلف عقيب قبضها فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر في قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور حكي عنه أنه قال يستقر الأجر لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع وهذا غلط. لأن المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يحصل ذلك. فأشبه تلفها قبل قبض العين.

الثالث: أن تتلف بعد مضي شيء من المدة فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة. قال أحمد في رواية ابراهيم بن الحارث إذا اكترى بعيراً بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الأخرى قبل قبضها ثم ننظر فإن كان أجر المدة متساوياً فعليه بقدر ما مضى إن كان قد مضى النصف فعليه نصف الأجر وإن كان قد مضى الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي، وإن كان مختلفاً كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء أو دار لها موسم كدور مكة رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة كبعير استأجره على حمل شيء إلى مكان معين وكانت متساوية الأجزاء أو مختلفة. وهذا ظاهر مذهب الشافعي.

فصل: **القسم الثاني:** أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها فهذه ينظر فيها. فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتالفة سواء، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعرصة الدار والأرض لوضع حطب فيها أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الأرض التي غرقت انفسخت الإجارة أيضاً. لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانفسخت الإجارة كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرحى. وقال القاضي في الأرض التي ينقطع ماؤها: لا تنفسخ الإجارة فيها وهو منصوص الشافعي. لأن المنفعة لم تبطل جملة لأنه يمكن

الانتفاع بعرصة الأرض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه. فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والإمضاء. فإن فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات. وإن اختار إمضاء العقد فعليه جميع الأجر لأن ذلك عيب. فإذا رضي به سقط حكمه. فإن لم يختر الفسخ ولا الإمضاء إما لجهله بأن له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك والأول أصح. لأن بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كما في البيع. ولو كان النفي الباقي في الأعيان مما لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح إلا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجهاً واحداً لأن المنفعة الباقية لا يملك استيفاؤها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيبها كبيعها. وأما إن أمكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء أو كان الماء ينحسر عن الأرض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار إما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الإجارة لأن المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فأشبه ما لو تعيبت وللمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا. إلا في الدار إذا انهدمت فإن فيها وجهين:

أحدهما: لا تنفسخ الإجارة.

والثاني: تنفسخ. لأنه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها. فأما إن كان الحادث في العين لا يضرها كغرق الأرض بماء ينحسر في قرب من الزمان لا يمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها إذا ساق المؤجر إليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج إليه فيه فليس للمستأجر الفسخ لأن هذا ليس بعيب، وإن حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو انهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكتري الخيار في تبقية العين لأن الصفقة تبعضت عليه فإن اختار الإمساك أمسك بالحصة من الأجر كما إذا تلف أحد القفيزين من الطعام في يد البائع.

فصل: القسم الثالث: ان تغصب العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ لأن فيه تأخير حقه فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء. وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل، لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً بل إلى بدل وهو القيمة فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمي قبل قطعها ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التي تقول إن منافع الغصب لا تضمن وهو قول أصحاب الرأي ولأصحاب الشافعي في ذلك اختلاف، وإن زادت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة مخيراً كما ذكرنا، وإن كانت الإجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع معين فغصب جمله الذي يحمل عليه وعبده الذي يخيط له لم ينفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل لأن العقد على ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فرده فإن تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها.

فصل: القسم الرابع : أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأبق العبد أو تشرد الدابة وقد ذكرنا حكم ذلك فيها قبل هذا .

فصل: القسم الخامس: أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين، ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما، فأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الإجارة لذلك لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً .

فصل: وإذا اكترى عيناً فوجد بها عيباً لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه، وقال ابن المنذر: إذا اكترى دابة بعينها فوجدها جموحاً أو عضوضاً أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكتري الخيار إن شاء ردها وفسخ الإجارة وإن شاء أخذها وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ولأنه عيب في المعقود عليه فأثبت الخيار كالعيب في بيوع الأعيان، والعيب الذي يرد به ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة وربض البهيمة بالحمل وكونها جموحة أو عضوضة أو أشباه ذلك، وفي المكتري للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يمتنع الشرب والوضوء وأشباه ذلك من النقائص، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكتري خيار الفسخ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً، فإذا حدث العيب فقد وجد مثل قبض الباقي من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقي منها ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين، وإن رضي المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض لأنه رضي به ناقصاً فأشبه ما لو رضي بالمبيع معيباً، وإن اختلفا في الموجود هل هو عيب أو لا؟ رجع فيه إلى أهل الخبرة فإن قالوا ليس بعيب مثل أن تكون الدابة خشنة المشي أو أنها تتعب راكبها لكونها لا تركب كثيراً فليس له فسخ، وإن قالوا هو عيب فله الفسخ هذا إذا كان العقد يتعلق بعينها فأما إن كانت موصوفة في الذمة لم ينفسخ العقد وعلى المكري إبدالها لأن العقد لم يتعلق بعينها أشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته فإن عجز عن إبدالها أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه فللمكتري الفسخ أيضاً.

فصل: وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام، لأن عليه التمكين من الانتفاع وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع فوجب عليه، فإن ضاعت بغير تفريط

من المكتري فعلى المكري بدلها لأنها أمانة في يد المكتري فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها، وعليه بناء حائط إن سقط وإبدال خشبه إن انكسر، وعليه تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزل ومجرى الماء لأنه بذلك يتمكن من الانتفاع وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكتري وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحد منهما لأن الانتفاع ممكن بدونه وأما تنقية البالوعة والكنف فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء فعلى المكري لأن ذلك مما يتمكن به من الانتفاع، وإن امتلأت بفعل المكتري فعليه تفريغها وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور هو على رب الدار لأن به يتمكن من الانتفاع فأشبه ما لو اكترى وهي ملأى وقال أبوحنيفة: القياس أنه على المكتري والاستحسان أنه على رب الدار. لأن عادة الناس ذلك.

ولنا: إن ذلك حصل بفعل المكتري فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قماشاً والقول في تفريغ جية الحمام التي هي مصرف الماء كالقول في بالوعة الدار، وإن انقضت الإجارة وفي الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن فعليه نقله وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي.

فصل: وإن شرط على مكتري الحمام، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولاً فإن أطلق وتعطل فهو عيب حادث والمكتري بالخيار بين الإمساك بكل الأجر وبين الفسخ، ويتخرج أن له أرش العيب قياساً على المبيع المعيب، وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الإجارة فعليه الأجر كله لأنه استوفى المعقود عليه فأشبه ما لو علم العيب بعد العقد فرضيه، ويتخرج أن له أرش العيب كما لو اشترى معيباً فلم يعلم عيبه حتى أكله أو تلف في يده.

فصل: وإن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري كعمارة الحمام إذا شرطها على المكتري فالشرط فاسد لأن العين ملك للمؤجر فنفقتها عليه، وإذا أنفق بناء على هذا احتسب به على المكري لأنه أنفقه على ملكه بشرط العوض، فإن اختلفا في قدر ما أنفق فالقول قول المكري لأنه منكر، فإن لم يشترط لكن أذن له في الإنفاق ليحتسب له من الأجر ففعل ثم اختلفا فالقول قول المكري أيضاً، وإن أنفق من غير إذنه لم يرجع بشيء لأنه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك فأشبه ما لو عمر داراً له أخرى.

مسألة: قال: (ومن استؤجر لعمل شيء بعينه فمرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة على المريض).

وجملة ذلك: أنه يجوز استئجار الآدمي بغير خلاف بين أهل العلم وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلاً ليدلهما على الطريق وذكر النبي ﷺ رجلاً استأجر أجراء كل أجير بفرق من ذرة وقال: «إنما مثلكم ومثل أهل الكتاب كمثل رجل استأجر أجراء فقال من يعمل لي من غدوة إلى نصف النهار على قيراط قيراط؟ فعملت اليهود، ثم قال من يعمل لي من نصف النهار إلى العصر على قيراط قيراط؟ فعملت النصارى، ثم قال من

يعمل لي من العصر إلى غروب الشمس على قيراطين قيراطين؟ فعملتم أنتم فغضبت اليهود والنصارى وقالوا نحن أكثر عملاً وأقل أجراً فقال: هل ظلمتكم من أجركم شيئاً؟ قالوا: لا قال: فإنما هو فضلي أوتيه من أشاء» ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت إجارته كالدور، ثم إجارته تقع على ضربين:

أحدهما: استئجاره مدة بعينها لعمل بعينه كإجارة موسى عليه السلام نفسه ثماني حجج واستئجار الأجراء المذكورين في الخبر.

والثاني: استئجاره على عمل معين في الذمة كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر دليلاً يدلهما على الطريق واستئجار رجل لخياطة قميص أو بناء حائط، ويتنوع ذلك نوعين:

أحدهما: أن تقع الإجارة على عين كإجارة عبده لرعاية غنمه أو ولده لعمل معين.

والثاني: أن تقع على عمل في الذمة كخياطة قميص وبناء حائط فمتى كانت على عمل في ذمته فمرض وجب عليه أن يقيم مقامه من يعمله لأنه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه كالمسلم فيه ولا يجب على المستأجر إنظاره لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل وفي التأخير إضرار به، فأما إن كانت الإجارة على عبده في مدة أو غيرها فمرض لم يقم غيره مقامه لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذمته وعمل غيره ليس معقوداً عليه. وإنما وقع العقد على معين فأشبه ما لو اشترى معيناً لم يجز أن يدفع إليه غيره ولا يبدله بخلاف ما لو وقع في الذمة فإنه يجوز إبدال المعيب، ولا ينفسخ العقد بتلف ما تسلمه والمبيع المعين بخلافه، فكذلك الإجارة وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة لكنه لا يقوم غير الأجير مقامه كالنسخ فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف إقامة غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير. لأن الغرض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله منه. فأشبه ما لو أسلم إليه في نوع فسلم إليه غيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الأعيان.

فصل: يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقنى لأنها منفعة معلومة يجوز أن يتطوع بها الرجل على غيره فجاز عقد الإجارة عليه كالخدمة، ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين. فإن قيده بمدة نحو أن يقول استأجرتك شهراً لتحفر لي بئراً أو نهراً لم يحتج إلى معرفة القدر وعليه أن يحفر ذلك الشهر قليلاً حفر أو كثيراً ويحتاج إلى معرفة الأرض التي يحفر فيها، وقال بعض أصحابنا: لا يحتاج إلى معرفتها. لأن الغرض لا يختلف بذلك، والأول أولى إن شاء الله. لأن الأرض قد تكون صلبة فيكون الحفر عليه شاقاً، وقد تكون سهلة فيسهل ذلك عليه، وإن قدره بالعمل فلا بد من معرفة الوضع بالمشاهدة. لأن المواضع تختلف بالسهولة والصلابة. ولا ينضبط ذلك بالصفة، ويعرف دور البئر وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه. لأن العمل يختلف بذلك فإذا حفر بئراً فعليه شيل التراب. لأنه لا يمكنه الحفر إلا بذلك. فقد تضمنه العقد. فإن تهور تراب من جانبيها أو سقطت فيه بهيمة أو نحو ذلك. لم يلزمه شيله. وكان على صاحب البئر لأنه سقط فيها من ملكه. ولم يتضمن عقد الإجارة رفعه، وإن وصل إلى صخرة أو جماد

يمنع الحفر لم يلزمه حفره. لأن ذلك مخالف لما شاهده من الأرض، وإنما اعتبرت مشاهدة الأرض لأنها تختلف، فإذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ فإذا فسخ كان له من الأجر بحصة ما عمل فيقسط الأجر على ما بقي وما عمل، فيقال كم أجر ما عمل؟ وكم أجر ما بقي؟ ويقسط الأجر المسمى عليهما، ولا يجوز تقسيطه على عدد الأذرع. لأن أعلى البئر يسهل نقل التراب منه وأسفله يشق ذلك فيه، وإن نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا.

فصل: ويجوز الاستئجار لضرب اللبن لما ذكرنا. ويكون على مدة أو عمل. فإن قدره بالعمل احتاج إلى تبيين عدده. وذكر قالبه وموضع الضرب. لأن الأجر يختلف باختلافه لكون التراب في بعض الأماكن أسهل والماء أقرب فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز. كما إذا كان المكيال معروفاً، وإن قدره بالطول والعرض والسمك جاز، ولا يكتفي بمشاهدة قالب الضرب إذا لم يكن معروفاً لأن فيه غرراً. وقد يتلف القالب، ولا يصح كما لو أسلم في مكيال بعينه.

فصل: ويجوز الاستئجار للبناء وتقديره بالزمان أو العمل. فإن قدره بالعمل فلا بد من معرفة موضعه. لأنه يختلف أيضاً بقرب الماء وسهولة التراب، ولا بد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وطين أو شيد وآجر أو غير ذلك، قال ابن أبي موسى: وإذا استأجره لبناء ألف لبنة في حائطه أو استأجره يبني له فيه يوماً فعمل ما استأجره عليه. ثم سقط الحائط فله أجره لأنه وفى العمل، وإن قال ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه ثم سقط. فعليه إعادة ما سقط وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الزرع، وهذا إذا لم يكن سقوطه في الأول لأمر من جهة العامل. فأما إن فرط أو بناه محلولاً أو نحو ذلك فسقط فعليه إعادته وغرامة ما تلف منه.

فصل: ويجوز الاستئجار لتطيين السطوح والحيطان وتجصيصها ولا يجوز على عمل معين لأن الطين يختلف، فمنه رقيق وثخين وأرض السطح تختلف فمنها العالي ومنها النازل. وكذلك الحيطان فلذلك لم يجز إلا على مدة.

فصل: ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه أو حديث أو شعراً مباحاً أو سجلات نص عليه في رواية مثنى بن جامع وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم ير به بأساً، ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل. فإن قدره بالعمل ذكر عدد الأوراق وقدرها وعدد السطور في كل ورقة وقدر الحواشي ودقة القلم وغلظه. فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز. وإن أمكن ضبطه بالصفة ضبطه وإلا فلا بد من مشاهدته لأن الأجر يختلف باختلافه، ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر واحد جاز. وإذا أخطأ بالشيء اليسير الذي جرت العادة به عفي عنه. لأن ذلك لا يمكن التحرز منه، وإن أسرف في الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به، قال ابن عقيل: وليس له محادثة غيره حالة

النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه، ولا لغيره تحديثه وشغله. وكذلك كل الأعمال التي تخل بشغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوهما.

فصل: ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً في قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار. وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وأبو ثور وابن المنذر، وقال ابن سيرين: لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ثم يستكتبه مصحفاً، وكره علقمة كتابة المصحف بالأجر. ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القربة. فكره الأجر عليه كالصلاة.

ولنا: إنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الأجر عليه ككتابة الحديث وقد جاء في الخبر «أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله».

فصل: ويجوز أن يستأجر لحصاد زرعه ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم، وكان ابراهيم بن أدهم يؤجر نفسه لحصاد الزرع. ويجوز أن يقدره بمدة وبعمل معين مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين. ويجوز أن يستأجر رجلاً لسقي زرعه وتنقيته ودياسه ونقله إلى موضع معين، ويجوز أن يستأجر رجلاً ليحتطب له لأنه عمل مباح تدخله النيابة أشبه حصاد الزرع. قال أحمد في رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كل يوم فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر. ويأخذ منه الأجرة فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضر باشتغاله عن عمله لأنه قال: إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاعتبر الضرر، وظاهر هذا أنه إذا لم يستضر لا يرجع بشيء لأنه اكتراه لعمل فوفاه على التمام. فلم يلزمه شيء كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله، فإن ضر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوت عليه. ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه وقال القاضي: معناه إنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر لأن منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره. فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره.

فصل: ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس فما دونها. وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور. وقال أبو حنيفة: لا يجوز في النفس لأن عدد الضربات تختلف وموضع الضربات غير متعين إذ يمكن أن يضرب مما يلي الرأس ومما يلي الكتف فكان مجهولاً.

ولنا: إنه حق يجوز التوكيل في استيفائه لا يختص فاعله بكونه من أهل القربة فجاز الإستئجار عليه كالقصاص في الطرف، وقوله إن عدد الضربات يختلف وهو مجهول يبطل بخياطة الثوب فإن عدد الغرزات مجهول، وقوله إن محله غير متعين قلنا هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كموضع الخياطة من حاشية الثوب والأجر على المقتص منه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة ومالك هو على المستوفي لأنه غير متعين فليس على المقتص منه إلا التمكين كما لو اشترى ثمرة نخله.

ولنا: إنه أجر يجب لإيفاء حق فكان على الموفي كأجر الكيال والوزان وما ذكروه غير صحيح. فإن القطع مستحق عليه بخلاف الثمرة بدليل أنه لو مكنه من القطع فلم يقطع وقطعه آخر لم يسقط حق صاحب القصاص. ولو كان التمكين تسليماً لسقط حقه كالثمرة.

فصل: ويجوز استئجار رجل ليدله على طريق فإن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن أريقط هادياً خريتاً وهو الماهر بالهداية ليدلهما على طريق المدينة، ويجوز استئجار كيال ووزان لعمل معلوم أو في مدة معلومة وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً.

وقد روي في حديث سويد بن قيس أتانا رسول الله ﷺ فاشترى منا رجل سراويل وثم رجل يزن بأجر فقال رسول الله ﷺ: «زن وارجح» رواه أبو داود ويجوز استئجار رجل ليلازم غريماً يستحق ملازمته وسئل أحمد عن ذلك فقال: لا بأس قد شغله، وقال في موضع آخر: غير هذا أعجب إلي كرهه لأنه يؤول إلى الخصومة وفيه تضييق على مسلم ولا يأمن أن يكون ظالماً فيساعده على ظلمه لكنه جائز في الجملة لأن الظاهر أنه محق فإن الظاهر أن الحاكم لا يحكم إلا بحق ولهذا أجزنا للموكل فعله.

فصل: ويجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثياباً ورخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعي وكرهه الثوري وحماد.

ولنا: إنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء ويجوز على مدة معلومة مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها لأن المدة معلومة والعمل معلوم أشبه الخياط والقصار. فإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صح أيضاً، وإن قال: كلما اشتريت ثوباً فلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام أحمد أنه لا يجوز لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها والأجر يختلف باختلافها. فإن اشترى فله أجر مثله: وهذا قول أبي ثور وابن المنذر لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الإجارات الفاسدة.

فصل: وإن استأجره ليبيع له ثياباً بعينها صح وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يصح، لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير.

ولنا: إنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمن فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة، وقولهم: إنه غير ممكن لا يصح. فإن الثياب لا تنفك عن راغب فيها ولذلك صحت المضاربة. ولا تكون إلا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه. فإنه متعذر، وإن استأجره على شراء ثياب معينة. احتمل أن لا يصح لأن ذلك لا يكون إلا من واحد وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع، وإن استأجره في البيع لرجل بعينه فهو كما لو استأجره لشراء ثياباً بعينها ويحتمل

أن يصح لأنه ممكن في الجملة فإن حصل من ذلك شيء استحق الأجر وإلا بطلت الإجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشتري.

فصل: ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم وسواء كان الأجير رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور: لأنه تجوز النيابة فيه ولا يختص عامله بكونه من أهل القربة، قال أحمد: أجير المشاهرة يشهد الأعياد والجمعة ولا يشترط ذلك، قيل له فيتطوع بالركعتين؟ قال ما لم يضر بصاحبه إنما أباح له ذلك لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها، وقال ابن المبارك لا بأس أن يصلي الأجير ركعات السنة، وقال أبو ثور وابن المنذر ليس له منعه منها، وقال أحمد يجوز للرجل أن يستأجر الأمة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الأمة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر إليها متجردة ولا إلى شعرها إنما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الإجارة كحكمه قبلها، وفرق بين الأمة والحرة لأنهما يختلفان قبل الإجارة فكذلك بعدها.

مسألة: قال: (وإذا مات المكري والمكتري أو أحدهما فالإجارة بحالها).

هذا قول مالك والشافعي وإسحاق والبتي وأبو ثور وابن المنذر، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث: تنفسخ الإجارة بموت أحدهما لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت إلى ورثته فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها لأنه ما عقد مع الوارث، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الأجر في تركته.

ولنا: إنه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات وما ذكروه لا يصح فإنا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد ثم يلزمهم ما لو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكروه لكن وجوب الأجر ها هنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته كما لو حفر بئراً فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة كذا ها هنا.

فصل: وإن مات المكتري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائباً كمن يموت في طريق مكة ويخلف جمله الذي اكتراه وليس له عليه شيء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم مقامه فظاهر كلام أحمد أن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة لأنه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر عن منفعة العين فأشبه ما لو غصبت، ولأن بقاء العقد ضرر في حق المكتري والمكري لأن المكتري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه وقد نقل عن أحمد في رجل اكترى بعيراً فمات المكتري في بعض الطريق فإن رجع البعير خالياً فعليه بقدر ما وجب له، وإن كان عليه ثقله ووطاؤه فله الكراء إلى الموضع، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة إذا مات المستأجر ولم يبق به انتفاع لأنه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبه ما لو اكترى من يقلع له ضرسه فبرأ أو

انقلع قبل قلعه أو اكترى كحالاً ليكحل عينيه فبرأت أو ذهبت، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامة من الانتفاع لأن الوارث يقوم مقام الموروث، وتأولها القاضي على أن المكري قبض البعير ومنع الورثة من الانتفاع ولولا ذلك لما انفسخ العقد لأنه لا ينفسخ بعذر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه كما لو حبس مستأجر الدار ومنع من سكناها ولا يصح هذا لأنه لو منع الوارث الانتفاع لما استحق شيئاً من الأجر، ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر لأن المعقود عليه انتفاعه وهذا لا يؤيس منه بالحبس فإنه في كل وقت يمكن خروجه من الحبس وانتفاعه ويمكن أن يستنيب من يستوفي المنفعة إما بأجر أو بغيره بخلاف الميت فإنه قد فات انتفاعه بنفسه ونائبه فأشبه ما ذكرنا من الصور.

فصل: إذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة فمات في أثنائها وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان:

أحدهما: لا تنفسخ الإجارة لأنه أجر ملكه في زمن ولايته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق.

والثاني: تنفسخ الإجارة فيما بقي من المدة لأنا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح في ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والأخرى لغيره وذلك لأن المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ولا ولاية بخلاف الطلق فإن المالك يملك من جهة الموروث فلا يملك إلا ما خلفه وما تصرف فيه في حياته لا ينتقل إلى الوارث والمنافع التي أجرها قد خرجت عن ملكه بالإجارة فلا تنتقل إلى الوارث والبطن الثاني في الوقف يملكون من جهة الواقف فما حدث فيها بعد البطن الأول كان ملكاً لهم فقد صادف تصرف المؤجر في ملكهم من غير إذنهم ولا ولاية له عليهم فلم يصح، ويتخرج أن تبطل الإجارة كلها بناء على تفريق الصفقة وهذا التفصيل مذهب الشافعي، فعلى هذا إن كان المؤجر قبض الأجر كله وقلنا تنفسخ الإجارة فلمن انتقل إليه الوقف أخذه ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصة الباقي من الأجر وإن قلنا لا تنفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على التركة بحصته.

فصل: وإن أجر الولي الصبي أو ماله مدة فبلغ في أثنائها فقال أبو الخطاب: ليس له فسخ الإجارة لأنه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه ويحتمل أن تبطل الإجارة فيما بعد زوال الولاية على ما ذكرنا في إجارة الوقف، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها. مثل أن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة فتبطل في السادس عشر لأننا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه، وهل تصح في الخامس عشر؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة. وبين ما إذا لم يتحقق بلوغه في أثنائها كالذي أجره في الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه فيكون فيه ما قد ذكرنا في صدر الفصل لأننا لو قلنا يلزم الصبي بعقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها أفضى إلى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره، وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبه النكاح لأنه لا يمكن تقدير مدته فإنه إنما يعقد للأبد وبهذا قال

الشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا بلغ الصبي فله الخيار لأنه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه فإذا ملك ثبت له الخيار كالأمة إذا أعتقت تحت زوج.

ولنا: أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرف فإذا ملكه لم يثبت له الخيار كالأب إذا زوج ولده وما قاسوا عليه إنما يثبت لها الخيار إذا عتقت تحت عبد لأجل العيب لا لما ذكره، ولهذا لو عتقت تحت حر لم يثبت لها الخيار، وإن مات الوليّ المؤجر للصبي أو ماله أو عزل وانتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل عقده لأنه تصرف وهو من أهل التصرف في محل ولايته لم يبطل تصرفه بموته أو عزله كما لو مات ناظر الوقف أو عزل أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه، ويفارق ما لو أجر الموقوف عليه الوقف مدة ثم مات في أثنائها لأنه أجر ملك غيره بغير إذنه في مدة لا ولاية له فيها وها هنا إنما يثبت للولي الثاني الولاية في التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول وهذا العقد قد تصرف فيه الأول فلم تثبت للثاني ولاية على ما تناوله.

فصل: وإن أجر عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها صح العتق ولم يبطل عقد الإجارة في قياس المذهب ولا يرجع العبد على مولاه بشيء وهذا جديد قولي الشافعي وقال في القديم يرجع على مولاه بأجر المثل لأن المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل.

ولنا: أنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها كما لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه، ويخالف المكره فإنه تعدى بذلك، وقال أبو حنيفة: للعبد الخيار في الفسخ أو الإمضاء كالصبي إذا بلغ للمعنى الذي ذكره ثم.

ولنا: أنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا ينفسخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه كما لو زوج أمته ثم باعها. إذا ثبت هذا: فإن نفقة العبد إن كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه كما كانت وإن لم تكن مشروطة فهي على معتقه لأنه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفعه ولأن العبد لا يقدر على نفقة نفسه لأنه مشغول بالإجارة ولا على المستأجر لأنه استحق منفعته بعوض غير نفقته لم يبق إلا أنها على المولى.

فصل: إذا أجر عيناً ثم باعها صح البيع نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة كما في بيع المغصوب.

ولنا: أن الإجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كما لو زوج أمته ثم باعها، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصح لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر كما لو باع الأمة المزوجة ولئن منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه وهو عند انقضاء الإجارة ويكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه، وقال أبو حنيفة: البيع موقوف على إجازة المستأجر فإن أجازه جاز وبطلت الإجارة وإن رده بطل.

ولنا: أن البيع على غير المعقود عليه في الإجارة فلم تعتبر إجارته كبيع الأمة المزوجة. إذا ثبت هذا فإن المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها ونفعها إنما يستحقه إذا انقضت الإجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عيناً في مكان بعيد فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن إحضارها فيها كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسلم المسلم فيه إلا في وقته، فإن لم يعلم المشتري بالإجارة فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن. لأن ذلك عيب ونقص.

فصل: فإن اشتراها المستأجر صح البيع أيضاً لأنه يصح بيعها لغيره فله أولى لأن العين في يده وهل تبطل الإجارة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تبطل. لأنه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الأصل بعقد آخر، ولو أجر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة صحت الإجارة فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز. فعلى هذا يكون الأجر باقياً على المشتري وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشتري غيره.

والثاني: تبطل الإجارة فيما بقي من المدة. لأنه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح فإنه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة فمنع استدامتها كالنكاح فعلى هذا يسقط عن المشتري الأجر فيما بقي من مدة الإجارة كما لو بطلت الإجارة بتلف العين وإن كان المؤجر قد قبض الأجر حسب عليه باقي الأجر من الثمن.

فصل: وإن ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها في بطلان الإجارة أو بقائها إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الإجارة وبقائها فلو استأجر إنسان من أبيه داراً ثم مات أبوه وخلف ابنين أحدهما هو المستأجر فإن الدار تكون بينهما نصفين والمستأجر أحق بها لأن النصف الذي لأخيه الإجارة باقية فيه والنصف الذي ورثه يستحقه إما بحكم المالك وإما بحكم الإجارة وما عليه من الأجر بينهما نصفين، وإن كان أبوه قد قبض الأجر لم يرجع بشيء منه على أخيه ولا تركة أبيه ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين لأنه لو رجع بشيء أفضى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته وورث أخوه نصفاً مسلوب المنفعة والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث ولأنه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انقضت الإجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي انتقضت الإجارة فيها إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره.

فصل: وإن اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة فردها فإن قلنا لا تنفسخ الإجارة بالبيع فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع، وإن قلنا قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين، وإن كان المشتري أجنبياً فرد المستأجر الإجارة لعيب فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع لأنه يستحق عوضها على المستأجر فإذا سقط العوض عاد إليه المعوض، ولأن

المشتري ملك العين مسلوبة المنفعة مدة الإجارة فلا يرجع إليه ما لم يملكه، وقال بعض أصحاب الشافعي: يرجع إلى المشتري لأن المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحقت بعقد الإجارة فإذا زالت عادت إليه كما لو اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج، ولا يصح هذا القياس فإن منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها ولا ينقسم العوض على المدة ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح أو وقع الطلاق بخلاف الأجر في الإجارة فإن المؤجر يستحق الأجر في مقابلة المنفعة مقسوماً على مدتها فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفسخ رجع إليه معوضها وهو المنفعة. ولأن منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير ملك الرقبة أو النكاح فلو رجعت إلى البائع لملكت بغيرهما ولأنها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ولا المعاوضة عنها ومنفعة البدن بخلافها.

فصل: وإذا وقعت الإجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملاً للحمل أو للركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها، وإن خرجت مستحقة تبينا أن العقد باطل، وإن وجد بها عيباً فردها انفسخ العقد ولم يملك إبدالها. لأن العقد على معين فثبتت هذه الأحكام كما لو اشترى عيناً، وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة انعكست هذه الأحكام فمتى سلم إليه عيناً فتلفت لم تنفسخ الإجارة ولزم المؤجر إبدالها، وإن خرجت مغصوبة لم يبطل العقد ولزمه بدلها، وإن وجد بها عيباً فردها فكذلك. لأن المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عنه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب في إبطال العقد كما لو اشترى بثمن في الذمة على ما قرر في موضعه، فإن قيل فقد قلتم من اكترى جملاً ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ولو اكترى أرضاً لزرع شيء بعينه جاز له زرع ما هومثله أو دونه في الضرر فلم قلتم إذا اكترى جملاً بعينه لا يجوز أن يبدله؟ قلنا: لأن المعقود عليه منفعة العين فلم يجز أن يدفع إليه غير المعقود عليه كما لو اشترى عيناً لا يجوز أن يأخذ غيرها والراكب غير معقود عليه إنما هو مستوف للمنفعة وإنما تشترط معرفته لتقدير المنفعة لا لكونه معقوداً عليه وكذلك الزرع في الأرض فإنما يعين ليعرف به قدر المنفعة المستوفاة فيجوز الاستيفاء بغيرها كما لو وكل المشتري غيره في استيفاء المبيع، ألا ترى أنه لو تلف البعير أو الأرض انفسخت الإجارة ولو مات الراكب أو تلف البذر لم تنفسخ الإجارة وجاز أن يقوم غيره مقامه فافترقا.

مسألة: قال: (ومن استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره إذا كان يقوم مقامه).

وجملته: أن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحال والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها، ولا يسكنها ما يضر بها مثل القصارين والحدادين لأن ذلك يضر بها، ولا يجعل فيها الدواب لأنها تروث فيها وتفسدها ولا يجعل فيها السرجين ولا رحى ولا شيئاً يضر بها، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقيلاً فوق سقف لأنه يثقله ويكسر خشبه ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها إلا أن يشترط ذلك، وبهذا قال الشافعي و أصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً وإنما كان

كذلك لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه فجاز كما لو وكل وكيلاً في قبض المبيع أو دين له ولم يملك فعل ما يضر بها لأنه فوق المعقود عليه فلم يكن له فعله كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه فأما أن يجعل الدار مخزناً للطعام فقد قال أصحابنا يجوز ذلك لأنه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ويحتمل أن لا يجوز لأن ذلك يفضي إلى تحريق النار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار.

فصل: وإذا اكترى داراً جاز إطلاق العقد ولم يحتج إلى ذكر السكنى ولا صفتها، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور لا يجوز حتى يقول أبيت تحتها أنا وعيالي. لأن السكنى تختلف ولو اكتراها ليسكنها فتزوج امرأة لم يكن له أن يسكنها معه.

ولنا: أن الدار لا تكترى إلا للسكنى فاستغنى عن ذكره كإطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف به والتفاوت في السكنى يسير فلم يحتج إلى ضبطه وما ذكره لا يصح فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم ولا يمكن ضبط ذلك فاجتزىء فيه بالعرف كما في دخول الحمام وشبهه، ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكان وأن لا يبيت عنده ضيف ولا زائر ولا غير من ذكره ولكان ينبغي أن يعلم صفة الساكن كما يعلم ذلك فيما إذا اكترى للركوب.

فصل: وإذا اكترى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه، وله أن يستوفي أقل منه لأنه يستوفي بعض ما يستحقه وليس له استيفاء أكثر منه لأنه لا يملك أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوي في الطول والقصر ولا المعرفة بالركوب، وقال القاضي: يشترط أن يكون مثله في هذه الأوصاف كلها لأن قلة المعرفة بالركوب تثقل على المركوب وتضر به. قال الشاعر:

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم ثقال على أعجازها عنف

ولنا: أن التفاوت في هذه الأمور بعد التساوي في الثقل يسير فعفي عنه ولهذا لا يشترط ذكره في الإجارة ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الإجارة كالثقل والخفة.

فصل: فإن شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله ولا من هو دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط فإنه قال فيمن شرط أن يزرع في الأرض حنطة ولا يزرع غيرها: يبطل الشرط ويصح العقد، ويحتمل أن يصح الشرط وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به ولأنه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة، وقالوا في الوجه الآخر يبطل الشرط لأنه ينافي موجب العقد إذ موجبه ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه والشرط ينافي ذلك فكان باطلاً، وهل يبطل به العقد؟ فيه وجهان أصحهما لا يبطله لأنه لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ولا ضراً فألغي وبقي العقد على مقتضاه، والآخر يبطله لأنه ينافي مقتضاه فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع.

فصل: ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها، نص عليه أحمد وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي سليمان بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. وذكر القاضي فيه رواية أخرى: أنه لا يجوز. لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه. ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه، والأول أصح لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الأصل.

إذا ثبت: فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لما تقدم، فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين. وهذا قول أبي حنيفة والمشهور من قولي الشافعي. لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان، والآخر يجوز وهو قول بعض الشافعية. لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه فلم يقف جواز التصرف عليه. فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر فإذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر كان فيها ها هنا وجهان:

أحدهما: لا يجوز. لأنه عقد عليها قبل قبضها.

والثاني: يجوز. لأن القبض لا يتعذر عليه بخلاف الأجنبي، وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة، وهل يصح من بائعه؟ على روايتين. فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر فجائزة، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز. لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام لأن التسليم مستحق على الكراء فإذا اكتراها صار مستحقاً له فيصير مستحقاً لما يستحق عليه وهذا تناقض.

ولنا: أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع، وما ذكروه لا يصح. لأن التسليم قد حصل وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فإنه يستحق عليه تسليم العين فإذا اشتراها استحق تسليمها، فإن قيل التسليم ها هنا مستحق في جميع المدة بخلاف البيع، قلنا المستحق تسليم العين وقد حصل وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لأنها تعذرت بسبب كان في ضمانه.

فصل: ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة نص عليه أحمد، وروي ذلك عن عطاء والحسن والزهري وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر: وعن أحمد أنه إن أحدث في العين زيادة جاز له يكريها بزيادة وإلا لم تجز الزيادة فإن فعل تصدق بالزيادة روى هذا الشعبي وبه قال الثوري وأبو حنيفة لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن، ولأنه يربح فيما لم يضمن فلم يجز كما لو ربح في الطعام قبل قبضه، ويخالف ما إذا عمل عملاً فيها لأن الربح في مقابلة العمل وعن أحمد رواية ثالثة إن أذن له المالك في الزيادة جاز

وإلا لم يجز، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقاً لدخولها في ربح ما لم يضمن.

ولنا: أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الأجر وأما الخبر فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح وها هنا جائز في الجملة وتعليلهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة.

فصل: ونقل الأثرم عن أحمد أنه سأله عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال فيقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل؟ قال ما أدري هي مسألة فيها بعض الشيء قلت: أليس كان الخياط أسهل عندك إذا قطع الثوب أو غيره إذا عمل في العمل شيئاً قال: إذا عمل عملاً فهو أسهل، قال النخعي: لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها أو يقطع أو يعطيه سلوكاً أو إبراً أو يخيط فيها بشيء فلا يأخذن فضلاً وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله مبنياً على مذهبه في أن من استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو دونه جاز بزيادة عليه كالبيع وكإجارة العين.

فصل: وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر. وقال أحمد إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمراً فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأس إذا كان الوزن واحداً، فإن كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضرراً أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر لم يجز لأنه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه، فإذا اكترى دابة ليحمل عليها حديداً لم يحمل قطناً لأنه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعب الظهر، وإن اكتراها لحمل القطن لم يجز أن يحمل الحديد لأنه يجتمع في موضع واحد فيثقل عليه والقطن يتفرق فيقل ضرره، وإن اكتراه ليركبه لم يجز أن يحمل عليه لأن الراكب يعين الظهر بحركته، وإن اكتراه ليحمل عليه لم يجز أن يركبه لأن الراكب يقعد في موضع واحد فيشتد على الظهر والمتاع يتفرق على جنبيه، وإن اكتراه ليركبه عرياً لم يجز أن يركبه بسرج لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عرياً لأنه إذا ركب عليه من غير سرج حمي ظهره فربما عقره، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه فلو اكترى حماراً لم يجز أن يركبه بسرج البرذون[1] إذا كان أثقل من سرجه وإن اكترى دابة بسرج فركبها بإكاف أثقل منه أو أضر لم يجز وإن كان أخف وأقل ضرراً فلا بأس، ومتى فعل ما ليس له فعله كان ضامناً وعليه الأجر وهذا كله مذهب الشافعي وأبي ثور.

---

(١) البرذون: دابة متولدة بين الحمار والحصان وهي أكبر من الحمار.

فصل: وإن اكترى دابة ليركبها في مسافة معلومة أو يحمل عليها فيها فأراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر أضر منها أو تخالف ضررها بأن تكون إحداهما أحسن والأخرى أخوف لم يجز وإن كان مثلها في السهولة والحزونة[١] والأمن أو التي يعدل إليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز وهو قول أصحاب الشافعي لأن المسافة عينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم تتعين كنوع المحمول والراكب، ويقوى عندي أنه متى كان للمكري غرض في تلك الجهة المعينة لم يجز العدول إلى غيرها مثل من يكري جماله إلى مكة فيحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ولو أكراها إلى بغداد لكون أهله بها أو ببلد العراق لم يجز الذهاب بها إلى مصر، ولو أكرى جماله جملة إلى بلد لم يجز للمستأجر التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة وبباقيها إلى جهة أخرى وذلك لأنه عين المسافة لغرض في فواته ضرر فلم يجز تفويته كما في حق المكتري فإنه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكترى إليه لم يجز وكما لو عين طريقاً سهلاً أو آمناً فأراد سلوك ما يخالفه في ذلك.

فصل: ويجوز أن يكتري قميصاً ليلبسه لأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه فجازت إجارته كالعقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة، وإن كانت عادة أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم في الليل فعليه نزعه في ذلك لأن الإطلاق يحمل على المعتاد وله لبسه فيما سوى ذلك وإن نام نهاراً لم يكن عليه نزعه لأنه العرف ويلبس القميص على ما جرت العادة به ولا يجوز أن يتزر به لأنه يعتمد عليه فيشقه وفي اللبس لا يعتمد ويجوز أن يرتدي به لأنه أخف، ومن ملك شيئاً ملك ما هو أخف منه وقيل فيه وجه آخر إنه لا يجوز لأنه استعمال لم تجر العادة به في القميص أشبه الاتزار به.

فصل: وإن استأجر أرضاً صح لما تقدم ولا يصح حتى يرى الأرض لأن المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف إلا بالرؤية لأنها لا تنضبط بالصفة، ولا يصح حتى يذكر له ما يكتري له من زرع أو غرس أو بناء لأن الأرض تصلح لهذا كله وتأثيره في الأرض يختلف فوجب بيانه، فإن قال: أجرتكها لتزرعها أو تغرسها لم يصح لأنه لم يعين أحدهما فأشبه ما لو قال بعتك أحد هذين العبدين وإن قال لتزرعها ما شئت أو تغرسها ما شئت صح وهذا منصوص الشافعي وخالفه أكثر أصحابه فقالوا لا يجوز لأنه لا يدري كم يزرع ويغرس وقال بعضهم يصح ويزرع نصفها ويغرس نصفها.

ولنا: أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح كما لو قال لتزرعها ما شئت، ولأن اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين، وقوله لتزرعها ما شئت إذن في نوعين وأنواع وقد صح فكذلك في الجنسين وله أن يغرسها كلها، وإن أحب زرعها كلها كما لو أذن له في أنواع الزرع كله كان له زرع جميعها نوعاً واحداً وله زرعها من نوعين كذلك ها هنا.

---

(١) الحزونة: صعوبة الأرض وشدتها.

وإن أكراها للزرع وحده ففيه أربع مسائل:

إحداهن: أكراها للزرع مطلقاً أو قال لتزرعها ما شئت فإنه يصح وله زرع ما شاء وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن ابن سريج أنه لا يصح حتى يتبين الزرع لأن ضرره يختلف فلم يصح بدون البيان كما لو لم يذكر ما يكتري له من زرع أو غرس أو بناء.

ولنا: أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ويباح له جميع الأنواع لأنها دونه فإذا عمم أو أطلق تناول الأكثر وكان له ما دونه ويخالف الأجناس المختلفة فإنه لا يدخل بعضها في بعض، فإن قيل فلو اكترى دابة للركوب لوجب تعيين الراكب، قلنا لأن إجارة المركوب لأكثر الركاب ضرراً لا تجوز بخلاف المزروع ولأن للحيوان حرمة في نفسه فلم يجز إطلاق ذلك فيه بخلاف الأرض، فإن قيل فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجز أن يسكنها من يضر بها كالقصار والحداد فلم قلتم إنه يجوز أن يزرعها ما يضر بها؟ قلنا السكنى لا تقتضي ضرراً فلذلك منع من إسكان من يضر بها لأن العقد لم يقتضه والزرع يقتضي الضرر فإذا أطلق كان راضياً بأكثره فلهذا جاز وليس له أن يغرس في هذه الأرض ولا يبني لأن ضرره أكثر من المعقود عليه.

المسألة الثانية: أكراها لزرع حنطة أو نوع بعينه فإن له زرع ما يعينه وما ضرره كضرره أو دونه ولا يتعين ما عينه في قول عامة أهل العلم إلا داود وأهل الظاهر فإنهم قالوا لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجز له أن يزرع بيضاء لأنه عينه بالعقد فلم يجز العدول عنه كما لو عين المركوب أو عين الدراهم في الثمن.

ولنا: أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح ولهذا يستقر عليه العوض بمضي المدة إذا تسلم الأرض وإن لم يزرعها وإنما ذكر القمح لتقدر به المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له أن يسكنها غيره وفارق المركوب والدراهم في الثمن فإنها معقود عليها فتعينا والمعقود عليه ها هنا منفعة مقدرة وقد تعينت أيضاً ولم يتعين ما قدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون.

المسألة الثالثة: قال ليزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتي قبلها إلا أنه لا مخالف فيها لأنه شرط ما اقتضاه الإطلاق وبين ذلك تصريح نصه فزال الإشكال.

المسألة الرابعة: قال ليزرعها حنطة ولا يزرع غيرها فذكر القاضي أن الشرط باطل لأنه ينافي مقتضى العقد لأنه يقتضي استيفاء المنفعة كيف شاء فلم يصح الشرط كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه والعقد صحيح لأنه لا ضرر فيه ولا غرض لأحد المتعاقدين لأن ما ضرره مثله لا يختلف في غير المؤجر فلم يؤثر في العقد فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه، وقد ذكرنا فيما إذا شرط مكتري الدار أنه لا يسكنها غيره وجهاً في صحة الشرط ووجهاً آخر في فساد العقد فيخرج ها هنا مثله.

فصل: وإن أكراها للغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل إلا أن له أن يزرعها لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس وهو من جنسه. لأن كل واحد منهما يضر بباطن الأرض، وليس

لـه البناء، لأن ضرره مخـالف لضرره فإنـه يضر بظاهـر الأرض، وإن أكراهـا للزرع لم يكن لـه الغرس ولا البناء لأن ضرر الغرس أكثر وضرر البناء مخالف لضرره. وإن أكـراها للبنـاء لم يكن له الغرس ولا الزرع، لأن ضررهما يخالف ضرره.

فصل: ولا تخلو الأرض من قسمين:

أحدهما: أن يكون له ماء دائم إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه أو لا ينقطع إلا مـدة لا يؤثر في الزرع أو من عين نابعة أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيها ثم يسقى به أو من بئـر يقوم بكفـايتها أو مـا يشرب بعروقـه لنداوة الأرض وقـرب الماء الـذي تحت الأرض فهذا كله دائم، ويصح استئجارها للغرس والـزرع بغير خـلاف علمناه، وكـذلك الأرض التي تشرب من ميـاه الأرض ويكتفى بـالمعتاد منـه لأن ذلك بحكم العـادة ولا ينقطع إلا نـادراً فهو كسـائـر الصـور المذكورة.

والثاني: أن لا يكون لها ماء دائم وهي نوعان:

أحدهما: ما يشرب من زيادة معتادة تأتي في وقت الحاجة كأرض مصر الشاربـة من زيادة النيـل وما يشرب من زيـادة الفرات وأشبـاهه، وأرض البصرة الشـاربة من المـد والجزر وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردى أو ما يشرب من الأودية الجارية من ماء المطر فهذه تصح إجـارتها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده وحكى ابن الصباغ ذلك مذهباً للشافعي وقال أصحابه إن أكراها بعد الزيادة صح ولا يصح قبلها لأنها معدومة لا نعلم هل يقدر عليها أو لا.

ولنا: أن هذا معتاد الظاهر وجوده فجازت إجارة الأرض الشاربة بـه كالشـاربة من ميـاه الأمـطار ولأن ظن القدرة عـلى التسليم في وقته يكفي في صحـة العقد كـالسلم في الفاكهـة إلى أوانها.

النوع الثاني: أن يكون مجيء الماء نـادراً أو غير ظـاهر كـالأرض التي لا يكفيها إلا المـطر الشديد الكثير الذي يندر وجوده أو يكون شربها من فيض واد مجيئه نادر أو من زيـادة نادرة في نهر أو عين غالبة فهذه إن أجرها بعـد وجود مـاء يسقيها بـه صح أيضـاً لأنه أمكن الانتفـاع بها وزرعها فجازت إجارتها كـذات الماء الـدائم، وإن أجرهـا قبله للغرس أو الـزرع لم يصح لأنـه يتعذر الزرع غالباً ويتعذر عليه في الظاهر فلم تصح إجارتهـا كالآبق والمغصـوب، وإن اكتراهـا على أنها لا ماء لها جاز لأنه تمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحـطب فيها، وله أن يزرعها رجاء الماء. وإن حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها لأن ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها وليس له أن يبني ولا يغرس لأن ذلك يراد للتأبيد وتقدير الإجارة بمدة تقتضي تفريغها عند انقضائها، فإن قيل فلو استأجرها للغـراس وللبناء صـح مع تقـدير المـدة، قلنا التصريـح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه بظاهره في التفريغ عنـد انقضاء المـدة إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة فيصرف الغراس والبناء عما يراد لـه بظاهـره بخلاف مسـألتنا، وإن أطلق إجارة هذه الأرض مع العلم بحالها وعدم مائها صح لأنهما دخلا في العقد على أنها لا مـاء

لها فأشبه ما لو شرطاه، وإن لم يعلم عدم نمائها أو ظن المكتري أنه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه لم يصح العقد ولأنه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك لها يحصل لها ماء وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها؛ وقيل لا يصح العقد مع الإطلاق وإن علم بحالها لأن إطلاق كراء الأرض يقتضي الزراعة والأولى صحته لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه، ومتى كان لها ماء غير دائم أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع أو لا يكفي الزرع فهي كالتي لا ماء لها ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا.

فصل: وإن اكترى أرضاً غارقة بالماء لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها وقد ينحسر ولا ينحسر فالعقد باطل. لأن الانتفاع بها في الحال غير ممكن ولا يزول المانع غالباً، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة كأرض مصر في وقت مد النيل صح العقد لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ويخاف غرقها والعادة غرقها لم يجز إجارتها لأنها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة.

فصل: ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمكتري نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً وهو مذهب الشافعي لأن التالف غير المعقود عليه وإنما تلف مال المكتري فيه فأشبه من اشترى دكاناً فاحترق متاعه فيه، ثم إن أمكن المكتري الانتفاع بالأرض بغير الزرع أو بالزرع في بقية المدة فله ذلك، وإن تعذر ذلك فالأجر لازم له لأن تعذره لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر لا لمعنى في العين، وإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى في العين، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لأنه لم يتلفه بمباشرة ولا بسبب، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لأنه عيب فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضاً ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يستحصد وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ وأجر المثل لما بقي من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء وكذلك إن انقطع الماء بالكلية أو حدث بها عيب من غرق يهلك بعض الزرع أو يسوء حاله به.

فصل: وإذا استأجر أرضاً للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين:

أحدهما: أن يكون لتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير المالك بعد المدة بين أخذه بالقيمة أو تركه بالأجر لما زاد على المدة لأنه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه، وإن اختار المستأجر قطع زرعة في الحال وتفريغ الأرض فله ذلك لأنه يزيل الضرر ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الأرض، وإن اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز وهذا مذهب الشافعي بناء على قوله في الغاصب وقياس مذهبنا ما ذكرناه.

الحال الثاني: أن يكون بقاؤه بغير تفريط مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة فأبطأ

لبرد أو غيره فإنه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهي وله المسمى وأجر المثل لما زاد وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي.

والوجه الثاني: قالوا يلزمه نقله لأن المدة ضربت لنقل الزرع فيلزم العمل بموجبه وقد وجد منه تفريط لأنه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل.

ولنا: إنه حصل الزرع في أرض غيره بإذنه من غير تفريط فلزم تركه كما لو أعاره أرضاً فزرعها ثم رجع المالك قبل كمال الزرع، وقولهم إنه مفرط غير صحيح لأن هذه المدة التي جرت العادة بكمال الزرع فيها وفي زيادة المدة تفويت زيادة الأجر بغير فائدة وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط فلم يكن تركه تفريطاً، ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في الإجارة فللمالك منعه لأنه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق فملك منعه منه فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة لأنه في أرض يملك نفعها ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة فقبلها أولى، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها إلى المؤجر فارغه.

فصل: وإذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها مثل أن يكتري خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في سنة نظرنا فإن شرط تفريغها عند انقضاء المدة ونقله عنها صح لأنه لا يفضي إلى الزيادة على مدته وقد يكون له غرض في ذلك لأخذه إياه قصيلاً أو غيره ويلزمه ما التزم، وإن أطلق العقد ولم يشترط شيئاً احتمل أن يصح لأن الانتفاع بالزرع في هذه المدة ممكن، واحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بالأرض في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه مثل أن يزرعها شعيراً يأخذه قصيلاً صح العقد. لأن الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن، وإن لم يكن كذلك لم يصح لأنه اكترى للزرع ما لا ينتفع فيه أشبه إجارة السبخة له، فإن قلنا: يصح فإن انقضت المدة ففيه وجهان:

أحدهما: حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته لأنه ها هنا مفرط، واحتمل أن يلزم المكري تركه بالأجر لأن التفريط منه حيث أكراه مدة لزرع لا يكمل فيها، وإن شرط تبقيته حتى يكمل فالعقد فاسد لأنه جمع بين متضادين فإن تقدير المدة يقتضي النقل فيها وشرط التبقية يخالفه ولأن مدة التبقية مجهولة فإن زرع لم يطالب بنقله كالتي تقدمت.

فصل: إذا أجره للغراس سنة صح لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة فأشبهت سائر المنافع وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة أو أطلق وله أن يغرس قبل انقضاء المدة فإذا انقضت لم يكن له أن يغرس لزوال عقده، فإذا انقضت السنة وكان قد شرط القلع عند انقضائها لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه. وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ولا على المكتري تسوية الحفر وإصلاح الأرض لأنهما دخلا على هذا لرضاهما بالقلع واشتراطهما عليه، وإن اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره جاز إذا شرطا مدة معلومة، وكذلك لو اكترى الأرض سنة بعد سنة كلما انقضى عقد جدد آخر جاز، وإن أطلق العقد فللمكتري القلع لأن الغرس ملكه

فله أخذه كطعامه من الدار التي باعها، وإذا قلع فعليه تسوية الحفر لأنه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه، وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدة ها هنا وفي التي قبلها لأن القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ولأنه تصرف في الأرض تصرفاً نقصها لم يقتضه عقد الإجارة وإن أبى القلع لم يجبر عليه إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه فيجبر حينئذ وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: عليه القلع من غير ضمان النقص له لأن تقدير المدة في الإجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع.

ولنا: قول النبي ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» مفهومه أن ما ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم ولأنه غرس بإذن المالك ولم يشرط قلعه فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدة فرجع قبل انقضائها ويخالف الزرع فإنه لا يقتضي التأبيد، فإن قيل: فإن كان إطلاق العقد في الغراس يقتضي التأبيد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فينبغي أن يفسده، قلنا إنما اقتضى التأبيد من حيث إن العادة في الغراس التبقية فإذا أطلقه حمل على العادة وإذا شرط خلافه جاز كما إذا باع بغير نقد البلد أو شرط في الإجارة شرطاً يخالف العادة. إذا ثبت هذا فإن رب الأرض يخير بين ثلاثة أشياء:

أحدها: أن يدفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه.

والثاني: أن يقلع الغراس والبناء ويضمن أرش نقصه.

والثالث: أن يقر الغراس والبناء ويأخذ منه أجر المثل. وبهذا قال الشافعي، وقال مالك يخير بين دفع قيمته فيملكه وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان وبين تركه فيكونان شريكين وليس بصحيح لأن الغراس ملك لغارسه لم يدفع إليه عنه عوض ولا رضي بزوال ملكه عنه كسائر الغرس، وإن اتفقا على بيع الغراس والبناء للمالك جاز وإن باعهما صاحبهما لغير مالك الأرض جاز ومشتريهما يقوم فيهما مقام البائع، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ليس له بيعهما لغير مالك الأرض لأن مالكه ضعيف بدليل أن لصاحب الأرض تملكه عليه بالقيمة من غير إذنه.

ولنا: إنه مملوك له يجوز بيعه لمالك الأرض فجاز لغيره كشقص مشفوع وبهذا يبطل ما ذكروه فإن للشفيع تملك الشقص وشراءه ويجوز بيعه لغيره، فأما إن شرط في العقد تبقية الغراس فذكر القاضي أنه صحيح وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء وهو قول أصحاب الشافعي، ويحتمل أن يبطل العقد لأنه شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك في الزرع الذي لا يكمل قبل انقضاء المدة، ولأن الشرط باطل بدليل أنه لا يجب الوفاء به وهو مؤثر فأبطله كشرط تبقية الزرع بعد مدة الإجارة.

مسألة: قال: (ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته).

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط

طعامه وكسوته فروي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم، وروي عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها. اختارها القاضي وهذا مذهب أبي حنيفة لأن ذلك مجهول وإنما جاز في الظئر لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فأوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع لأن الله تعالى قال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والوارث ليس بزوج، ولأن المنفعة في الحضانة والرضاع غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك، وروي عنه رواية ثالثة لا يجوز ذلك بحال لا في الظئر ولا في غيرها، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لأن ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً فيكون مجهولاً والأجر من شرطه أن يكون معلوماً.

ولنا: ما روى ابن ماجة عن عتبة بن المنذر قال: كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ (طس) حتى بلغ قصة موسى قال: «إن موسى آجر نفسه ثماني حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه» وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم إذا نزلوا وأحدوا بهم إذا ركبوا، ولأن من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه فلم يظهر له نكير فكان إجماعاً، ولأنه قد ثبت في الظئر بالآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة ولأن للكسوة عرفاً وهي كسوة الزوجات وللإطعام عرف وهو الإطعام في الكفارات فجاز إطلاقه كنقد البلد ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عوضاً في الرضاع جاز في الخدمة كالأثمان. إذا ثبت هذا: فإنهما إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله، قال أحمد: إذا تشاحا في الطعام يحكم له بمد كل يوم ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطعام ١ ساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين ولأن الإطعام مطلق في الموضعين فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر، وليس له إطعام الأجير إلا ما يوافقه من الأغذية لأن عليه ضرراً ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه.

فصل: وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جاز ذلك عند الجميع وإن لم يشترط طعاماً ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر قال ابن المنذر: لا أعلم عن أحد خلافاً فيما ذكرت، وإن شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفاً جاز لأنه معلوم أشبه ما لو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للأجير إن شاء أطعمه وإن شاء تركه، وإن لم يكن موصوفاً لم يجز لأن ذلك مجهول احتمل فيما إذا شرطه للأجير الحاجة إليه وجرت العادة به فلا يلزمه احتمالها مع عدم ذلك، ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسمى وعلفها لم يجز لأنه مجهول ولا عرف له يرجع إليه ولا نعلم أحداً قال بجوازه إلا أن يشترطه موصوفاً فيجوز.

فصل: وإن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها لأنها عوض فلا تسقط بالغنى عنه كالدراهم، وإن احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك لأنه لم يشرط له الإطعام إلا صحيحاً لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشتري له الأجير ما يصلح لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه فلا يلزم به كالزائد في القدر.

فصل: إذا دفع إليه طعامه فأحب الأجير أن يستفضل بعضه لنفسه نظرت فإن كان المؤجر دفع إليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حاجته ويفضل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المؤجر بأن يضعف عن العمل أو يقل لبن الظئر منع منه لأنه في الصورة الأولى لم يملكه إياه وإنما أباحه أكل قدر حاجته وفي الثانية على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته فمنع منه كالجمال إذا امتنع من علف الجمال، وإن دفع إليه قدر الواجب من غير زيادة أو دفع إليه أكثر وملكه إياه ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجر جاز لأنه حق لا ضرر على المؤجر فيه فأشبه الدراهم.

فصل: وإن قدم إليه طعاماً فنهب أو تلف قبل أكله نظرت فإن كان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر لأنه لم يسلمه إليه فكان تلفه من ماله، وإن خصه بذلك وسلمه إليه فهو من ضمان الأجير لأنه تسليم عوض على وجه التمليك أشبه البيع.

فصل: إذا دفع إلى رجل ثوباً وقال بعه بكذا فما ازددت فهو لك صح نص عليه أحمد في رواية أحمد بن سعيد وروي ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن سيرين وإسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لأنه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم.

ولنا: ما روى عطاء عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأساً أن يعطي الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول بعه بكذا وكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف ولأنها عين تنمي بالعمل فيها أشبه دفع مال المضاربة. إذا ثبت هذا: فإن باعه بزيادة فهي له لأنه جعلها أجرة، وإن باعه بالقدر المسمى من غير زيادة فلا شيء له لأنه جعل له الزيادة ولا زيادة ها هنا فهو كالمضارب إذا لم يربح، وإن باعه بنقص عنه لم يصح البيع لأنه وكيل مخالف، وإن تعذر رده ضمن النقص. وقد قال أحمد يضمن النقصان مطلقاً وهذا قد مضى مثله في الوكالة، وإن باعه نسيئة لم يصح البيع لأن إطلاق البيع يقتضي النقد لما في النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ليحصل له نفع الربح، ويفارق المضارب على رواية حيث يجوز له البيع نساء لأنه يحصل لرب المال نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة وها هنا لا فائدة لرب المال في الربح بحال، ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح وهو في النسيئة أكثر وها هنا ليس مقصود رب المال الربح ولا حظ له فيه فلا فائدة له فيه، وقال أحمد في رواية الأثرم ليس له شيء يعني إذا زاد على العشرة لأن الإطلاق إنما اقتضى بيعها حالاً، فإذا باعها نسيئة فلم يتمثل الأمر فلم يستحق شيئاً.

فصل: قال أحمد رحمه الله في رواية مهنا لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه وهو أحب إلي من المقاطعة إنما جاز ها هنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع فيكون أجراً معلوماً واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة لأنه ربما لم يخرج من الزرع مثل الذي قاطعه عليه وها هنا يكون أقل منه ضرورة.

مسألة: قال: (وكذلك الظئر).

يعني أنه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه، وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر وهي المرضعة. وهو في كتاب الله تعالى في قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] واسترضع النبي ﷺ لولده ابراهيم. ولأن الحاجة تدعو إليه فوق دعائها إلى غيره فإن الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع، وقد يتعذر رضاعه من أمه، فجاز ذلك كالإجارة في سائر المنافع ثم ننظر فإن استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أو لهما جاز. وإن أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تدخل. وهو قول أبي ثور وابن المنذر لأن العقد ما تناولها.

والثاني: تدخل. وهو قول أصحاب الرأي. لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الإطلاق على ما جرى به العرف والعادة ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

والحضانة: تربية الصبي وحفظه وجعله في سريره وربطه ودهنه وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وأشباه ذلك واشتقاقه من الحضن وهو ما تحت الإبطِ وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزاً من حضانة الطير لبيضه وفراخه. لأنه يجعلها تحت جناحيه فسميت تربية الصبي بذلك أخذاً من فعل الطائر.

فصل: ويشترط لهذا العقد أربعة شروط:

أحدها: أن تكون مدة الرضاع معلومة. لأنه لا يمكن تقديره إلا بها فإن السقي والعمل فيها يختلف.

الثاني: معرفة الصبي بالمشاهدة. لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره وصغره ونهمته وقناعته. وقال القاضي: يعرف بالصفة كالراكب.

الثالث: موضع الرضاع. لأنه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل عليها في بيتها.

الرابع: معرفة العوض وكونه معلوماً كما سبق.

فصل: واختلف في المعقود عليه في الرضاع فقيل هو خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فمه تبع كالصبغ في إجارة الصباغ وماء البئر في الدار. لأن اللبن عين من الأعيان فلا يعقد

عليه في الإجارة كلبن غير الآدمي وقيل هو اللبن. قال القاضي: هو أشبه. لأنه المقصود دون الخدمة، ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحقت الأجرة ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئاً. ولأن الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فجعل الأجر مرتباً على الإرضاع فيدل على أنه المعقود عليه. ولأن العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها. وأما كونه عيناً فإنما جاز العقد عليه في الإجارة رخصة. لأن غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو إلى استيفائه وإنما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان للضرورة إلى حفظ الآدمي والحاجة إلى إبقائه.

فصل: وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصلح به وللمكتري مطالبتها بذلك. لأنه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه إضرار بالصبي، ومتى لم ترضعه وإنما أسقته لبن الغنم أو أطعمته فلا أجر لها. لأنها لم توف المعقود عليه فأشبه ما لو اكتراها لخياطة ثوب فلم تخطه. وإن دفعته إلى خادمتها فأرضعته فكذلك. وبه قال أبو ثور وقال أصحاب الرأي لها أجرها. لأن رضاعه حصل بفعلها.

ولنا: إنها لم ترضعه فأشبه ما لو سقته لبن الغنم. وإن اختلفا فقالت أرضعته فأنكر المسترضع فالقول قولها لأنها مؤتمنة.

فصل: ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده ومن علق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للإرضاع. لأنه عقد على منفعتها أشبه إجارتها للخدمة. وليس لواحدة منهن إجارة نفسها. لأن نفعها لسيدها. وإن كان لها ولد لم تجز إجارتها للإرضاع إلا أن يكون فيها فضل عن ربه. لأن الحق لولدها وليس لسيدها إلا ما فضل عنه. وإن كانت مزوجة لم تجز إجارتها لذلك إلا بإذنه. لأنه يفوت حق الزوج لاشتغالها عنه بإرضاع الصبي وحضانته. فإن أجرها للرضاع ثم زوجها صح النكاح ولا ينفسخ عقد الإجارة ويكون للزوج أن يستمتع بها في حال فراغها من الرضاع والحضانة. وقال مالك: ليس لزوجها وطؤها إلا برضى المستأجر. لأنه ينقص اللبن وقد يقطعه.

ولنا: إن وطء الزوج مستحق فلا يسقط لأمر مشكوك فيه. وليس للسيد إجارة مكاتبته. لأن منافعها إليها ولذلك لم يملك سيدها تزويجها ولا وطأها ولا إجارتها في غير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها لأنه من جهات الاكتساب.

فصل: ويجوز للرجل استئجار أمته وأخته وابنته لرضاع ولده وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف، وإن استأجر امرأته لرضاع ولده منها جاز هذا الصحيح من مذهب أحمد وذكره الخرقي فقال: وإن أرادت الأم أن ترضعه بأجر مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقته. وقال القاضي: ليس لها ذلك وتأول كلام الخرقي على أنها في حبال زوج آخر. وهذا قول أصحاب الرأي. وحكي عن الشافعي لأنه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض، فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك.

ولنا: إن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع. ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل أنه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره فجاز لها أخذه منه كثمن مالها. وقولهم إنها استحقت عوض الحبس والاستمتاع. قلنا: هذا غير الحضانة واستحقاق منفعة من وجه لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر كما لو استأجرها أولاً ثم تزوجها. وتأويل القاضي كلام الخرقي يخالف الظاهر من وجهين:

أحدهما: أن الألف واللام في الزوج للمعهود وهو زوجها أبو الطفل.

والثاني: أنها إذا كانت في حبال زوج آخر لا تكون أحق به بل يسقط حقها من الحضانة ثم ليس لها أن ترضع إلا بإذن زوجها فقسد التأويل.

فصل: وتنفسخ الإجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها. وحكي عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين.

ولنا: إنه ملك المعقود عليه أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة. وإن مات الطفل انفسخ العقد. لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه. لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وهذا منصوص الشافعي، وإذا انفسخ العقد عقيبه بطلت الإجارة من أصلها ورجع المستأجر بالأجر كله وإن كان في أثناء المدة رجع بحصة ما بقي.

مسألة: قال: (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو أمة كما جاء في الخبر إذا كان المسترضع موسراً).

يعني بالخبر ما روى أبو داود بإسناده عن هشام بن عروة عن أبيه عن حجج بن حجاج الأسلمي عن أبيه قال قلت يا رسول الله: ما يذهب عني مذمة الرضاع؟ قال: «الغرة العبد أو الأمة» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، قال ابن الجوزي: المذمة بكسر الذال من الذمام وبفتحها من الذم. قال ابن عقيل إنما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها. لأن فعلها في إرضاعه وحضانته سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبة ليناسب بين النعمة والشكر ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أماً فقال تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وقال النبي ﷺ: «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيعتقه». وإن كانت المرضعة مملوكة استحب إعتاقها. لأنه يحصل أخص الرقاب بها لها وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب.

مسألة: قال: (ومن اكترى دابة إلى موضع فجاوزه فعليه الأجرة المذكورة وأجره المثل لما جاوز وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها).

الكلام في هذه المسألة في فصلين:

أحدهما: في الأجر الواجب وهو المسمى وأجر المثل للزائد نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا، ذكر القاضي ذلك. وروى الأثرم بإسناده عن أبي الزناد أنه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة وقال ربما اختلفوا في الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأياً فكان الذي وعيت عنهم على هذه الصفة: أن من اكترى دابة إلى بلد ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه فإن الدابة إذا سلمت في ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها وإن تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراءها الذي تكاراها به وهذا قول الحكم وابن شبرمة والشافعي.

وقال الثوري وأبو حنيفة لا أجر عليه لما زاد لأن المنافع عندهما لا تضمن في الغصب، وحكي عن مالك أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة يخير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي لأنه متعد بإمساكها حابس لها عن أسواقها فكان لصاحبها تضمينها إياه.

ولنا: إن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانت المسافة قريبة وما ذكره تحكم لا دليل عليه ولا نظير له فلا يجوز المصير إليه وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في الغصب.

الفصل الثاني: في الضمان

ظاهر كلام الخرقي وجوب قيمتها إذا تلفت به سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدي لما حكينا عنهم، وقال القاضي إن كان المكتري نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري وإن هلكت والمكتري راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها. وقال أبو الخطاب: إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها. وقال أصحاب الشافعي: إن لم يكن صاحبها معها لزم المكتري قيمتها كلها وإن كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكتري لأنها تلفت في يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدي. وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان:

أحدهما: يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها.

والثاني: تقسط القيمة على المسافتين فما قابل مسافة الإجارة سقط ووجب الباقي ونحو هذا قول أبي حنيفة فإنه قال من اكترى جملاً لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكتري عشر قيمته، وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها، فأما إذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها لأنها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمغصوبة وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها. لأن اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها

أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها لكانت للراكب ولصاحب الحمل. ولأن الراكب متعد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كمن جلس إلى إنسان فحرق ثيابه وهو ساكت ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدي كمن ألقى حجراً في سفينة موقرة فغرقها. فأما إن تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر. فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب وإن تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط في هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لأنها لم تتلف في يد عادية ولا بسبب عدوان، وقولهم تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحتين يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخر يده عدواناً فمات منهما، وفارق ما إذا جرح نفسه وجرحه غيره لأن الفعلين عدوان فقسم الضمان عليهما.

فصل: ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي: وقال محمد: يسقط كما لو تعدى في الوديعة ثم ردها.

ولنا: إنها يد ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ولم يوجد، وما ذكروه في الوديعة لا نسلمه إلا أن يردها إلى مالكها أو يجدد له إذناً.

مسألة: قال: (وكذلك إن اكترى لحمولة شيء فزاد عليه).

وجملة ذلك: أن من اكترى لحمل شيء فزاد عليه مثل أن يكتريها لحمل قفيزين فحمل ثلاثة فحكمه حكم من اكترى إلى موضع فجاوزه إلى سواه في وجوب الأجر المسمى وأجر المثل لما زاد ولزوم الضمان إن تلفت هذا قول الشافعي وحكى القاضي أن قول أبي بكر في هذه المسألة وجوب أجر المثل في الجميع وأخذه من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة قال عليه أجر المثل للجميع لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره فأشبه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى فجمع القاضي رحمه الله بين مسألة الخرقي ومسألة أبي بكر وقال ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسألتين وجهان، وليس الأمر كذلك فإن بين المسألتين فرقاً ظاهراً فإن الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع، ولأنه في مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ولا يصح هذا القول في مسألة الحمل فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل إلحاق هذه المسألة بما إذا اكترى مسافة وزاد عليها أشد وشبهها بها أشد ولأنه في مسألة الحمل متعد بالزيادة وحدها وفي مسألة الزرع متعد بالزرع كله فأشبه الغاصب فأما مسألة الزرع فيما إذا اكترى أرضاً لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في رواية عبد الله فقال ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير فيعطي رب الأرض فجعل هذه المسألة كمسألتي الخرقي في إيجاب المسمى وأجر المثل للزائد ووجهه أنه لما عين الشعير لم يتعين ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره، ولهذا قلنا له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فإذا زرع حنطة فقد استوفى حقه

وزيادة أشبه ما لو اكتراها إلى موضع فجاوزه، وقال أبو بكر له أجر المثل وعلله بأنه عدل عن المعقود عليه فإن الحنطة ليست شعيراً وزيادة وإن قلنا إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسألتي الخرقي، وقال الشافعي المكتري يخير بين أخذ الكراء وما نقصت الأرض عما ينقصها الشعير وبين أخذ كراء مثلها للجميع لأن هذه المسألة أخذت شبهاً من أصلين:

أحدهما: إذا ركب دابة فجاز بها المسافة المشروطة لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة.

والثاني: إذا استأجر أرضاً فزرع غيرها لأنه زرع متعدياً فلهذا خيره بينهما، ولأنه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكمين وتعذر الجمع بينهما فكان له أوفرهما وفوض اختياره إلى المستحق كقتل العمد، ومن نصر أبا بكر قال هذا متعد بالزرع كله فكان عليه أجر المثل كالغاصب ولهذا يملك رب الأرض منعه من زرعه ويملك أخذه بنفقته إذا زرعه، ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة فإنه غير متعد بالجميع إنما تعدى بالزيادة وحدها ولهذا لا يملك المكري منعه من الجميع، ونظير هاتين المسألتين من اكترى غرفة ليجعل فيها أقفزة حنطة فترك فيها أكثر منها، ومن اكتراها ليجعل فيها قنطاراً من القطن فجعل فيها قنطاراً من حديد ففي الأولى له المسمى وأجر الزيادة وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف مثل ما قلنا في مسألة الزرع، وحكم المستأجر الذي يزرع أضر مما اكترى له حكم الغاصب لرب الأرض منعه في الابتداء لما يلحقه من الضرر فإن زرع فرب الأرض مخير بين ترك الزرع بالأجر وبين أخذه ودفع النفقة وإن لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه فله الأجرة لا غير على ما ذكرنا في باب الغصب.

فصل: وإن اكترى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهي مثل مسألة الزرع يخرج فيها وجهان قياس المنصوص عن أحمد أن له الأجر المسمى وزيادة لكون المسافة لا تتعين على قول أصحابنا وقياس قول أبي بكر أن له أجر المثل لأن الزيادة غير متميزة ولأنه متعد بالجميع بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها بخلاف من سلك الطريق وجاوز فإنه إنما يمنعه الزيادة لا غير، وإن اكترى لحمل قطن فحمل بوزنه حديداً أو لحمل حديد فحمل قطناً فالصحيح أن عليه أجر المثل ها هنا لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الأرض فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على المستحق بعقد الإجارة وزيادة عليه بخلاف ما قبلها من المسائل، وسائر مسائل العدوان في الإجارة يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزاً وما لم يكن متميزاً فتلحق كل مسألة بنظيرتها والله أعلم.

فصل: إذا أكراه لحمل قفيزين فحملهما فوجدهما ثلاثة فإن كان المكتري تولى الكيل ولم يعلم المكري بذلك فحكمه حكم من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه وإن كان المكري تولى كيله وتعبئته ولم يعلم المكتري فهو غاصب لا أجر له في حمل الزائد، وإن تلفت دابته فلا ضمان لها لأنها تلفت بعدوان صاحبها وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره، وإن تولى ذلك أجنبي ولم يعلم المكري والمكتري فهو متعد عليهما يلزمه لصاحب الدابة الأجر ويتعلق به

الضمان ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة أو كان الذي كاله وعباه وضعه على ظهرها، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين إذا كاله المكتري ووضعه المكري على ظهر البهيمة لا ضمان على المكتري لأن المكري مفرط في حمله.

ولنا: إن التدليس ليس من المكتري إذ أخبره بكيلها على خلاف ما هو به فلزمه الضمان كما لو أمر أجنبياً بتحميلها فأما إن كالها المكتري ورفعها المكري على الدابة عالماً بكيلها لم يضمن المكتري دابته إذا تلفت لأنه فعل ذلك من غير تدليس ولا تغرير، وهل له أجر القفيز الزائد؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: لا أجر له لأن المكتري لم يجعل له على ذلك أجراً.

والثاني: له أجر الزائد لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة فجرى مجرى المعاطاة في البيع ودخوله الحمام من غير تقدير أجره، وإن كاله المكري وحمله المكتري على الدابة عالماً بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الأجر وجهان كما لو حمله المكري عليها لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله، وإن كاله أحدهما وحمله أجنبي بأمره فهو كما لو حمله الذي كاله، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ثم حمله.

مسألة: قال: (ولا يجوز أن يكتري مدة غزاته).

هذا قول أكثر أهل العلم منهم: الأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي. وقال مالك: قد عرف وجه ذلك وأرجو أن يكون حقيقاً.

ولنا: إن هذه إجارة في مدة مجهولة وعمل مجهول فلم يجز كما لو أكراها لمدة سفره في تجارته ولأن مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقل ويكثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد فلم يجز التقدير بها كغيرها من الأسفار المجهولة فإن فعل ذلك فله أجر المثل لأنه عقد على عوض لم يسلم له لفساد العقد فوجب أجر المثل كسائر الإجارات الفاسدة.

مسألة: قال: (فإن سمى لكل يوم شيئاً معلوماً فجائز).

وجملته: أن من اكترى فرساً مدة غزوه كل يوم بدرهم فالمنصوص عن أحمد صحته، وقال الشافعي هذا فاسد: لأن مدة الإجارة مجهولة.

ولنا: إن علياً رضي الله عنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وكذلك الأنصاري ولم ينكره النبي ﷺ ولأن كل يوم معلوم مدته وأجرته فصح كما لو قال أجرتكها شهراً كل يوم بدرهم أو قال استأجرتك لنقل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، ولا بد من تعيين ما يستأجر له إما لركوب أو حمل معلوم، ويستحق الأجر المسمى لكل يوم سواء كانت مقيمة أو سائرة لأن المنافع ذهبت في مدته فأشبه ما لو اكترى داراً فأغلقها ولم يسكنها، وإن أجر نفسه لسقي نخل كل دلو بتمرة أو

بفلس أو أجر معلوم جاز للأثر الوارد فيه ولأن كل عمل معلوم له عوض معلوم فجاز كما لو سمى دلاء معروفة، ولا بد من معرفة الدلو والبئر وما يستسقى به لأن العمل يختلف به.

فصل: ونقل أبو الحارث عن أحمد في رجل استأجر دابة في عشرة أيام بعشرة دراهم فإن حبسها أكثر من ذلك فله بكل يوم درهم فهو جائز، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابة من مكة إلى جدة بكذا فإن ذهب إلى عرفات بكذا فلا بأس، ونقل عبد الله عنه لو قال أكريتكها بعشرة فما حبستها فعليه كل يوم عشرة، وهذه الروايات تدل على أن مذهبه أنه متى قدر لكل عمل معلوم أجراً معلوماً صح ويتأول القاضي هذا كله على أنه يصح في الأول ويفسد في الثاني لأن مدته غير معلومة فلم يصح العقد فيه كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم وما زاد فبحساب ذلك، والظاهر خلاف هذا فإن قوله: فهو جائز عاد إلى جميع ما ذكر قبله وكذلك قوله لا بأس ولأن لكل عمل عوضاً معلوماً فصح كما لو استقى له كل دلو بتمرة وقد ثبت الأصل بالخبر الوارد فيه، ومسألة الصبرة لا نص فيها عن الإمام وقياس نصوصه صحة الإجارة وإن سلم فسادها فلأن القفزان التي شرط حملها غير معلومة بتعيين ولا صفة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهالتها بخلاف الأيام فإنها معلومة.

فصل: وإن قال إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم فعن أحمد فيه روايتان: **إحداهما**: لا يصح وله أجر المثل نقلها أبو الحارث عن أحمد وهذا مذهب مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعتك نقداً بدرهم أو بدرهمين نسيئة. **والثانية**: يصح وهو قول الحارث العكلي وأبي يوسف ومحمد لأنه سمى لكل عمل عوضاً معلوماً فصح كما لو قال كل دلو بتمرة.

وقال أبو حنيفة: إن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غداً لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لأن المؤجر قد جعل له نصف درهم فلا ينقص منه وهو قد رضي في أكثر العملين بدرهم فلا يزاد عنه وهذا لا يصح لأنه إن صح العقد فله المسمى وإن فسد فوجوده كالعدم ويجب أجر المثل كسائر العقود الفاسدة.

فصل: وإن قال إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم ففيها وجهان بناء على التي قبلها والخلاف فيها كالتي قبلها لأن أبا حنيفة وافق صاحبه في الصحة ها هنا.

ولنا: إنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال بعتك هذا بدرهم أو هذا بدرهمين، وفارق هذا كل دلو بتمرة من وجهين: **أحدهما**: أن العمل الثاني ينضم إلى العمل الأول ولكل واحد منهما عوض مقدر فأشبه ما لو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وها هنا الخياطة واحدة شرط فيها عوضاً إن وجدت على صفة وعوضاً آخر إن

وجدت على أخرى فأشبه ما لو باعه بعشرة صحاح أو إحدى عشرة مكسرة. **والثاني**: أنه وقف الإجارة على شرط بقوله إن خطته كذا فلك كذا وإن خطته كذا فلك كذا بخلاف قوله كل دلو بتمرة.

فصل: ونقل مهنا عن أحمد فيمن استأجر من حمال إلى مصر بأربعين ديناراً فإن نزل دمشق فكراؤه ثلاثون فإن نزل الرقة فكراؤه عشرون فقال إذا اكترى إلى الرقة بعشرين واكترى إلى دمشق بعشرة واكترى إلى مصر بعشرة جاز ولم يكن للحمال أن يرجع، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد، الأول لأنه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود، ويخرج فيه أن يصح بناء على المسألتين قبل هذا ونقل البرزاطي عن أحمد في رجل استأجر رجلاً يحمل له كتاباً إلى الكوفة وقال إن وصلت الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون وإن تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة فالإجارة فاسدة وله أجر مثله وهذا مثل الذي قبله، ونقل عبد الله فيمن اكترى دابة وقال إن رددتها غداً فكراؤها عشرة وإن رددتها اليوم فكراؤها خمسة فلا بأس وهذه الرواية تدل على صحة الإجارة والظاهر عن أحمد في رواية الجماعة فيما ذكرنا فساد العقد وهو قياس بيعتين في بيعة والله أعلم.

فصل: في مسائل الصبرة وفيها عشر مسائل

إحداها: قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة إلى مصر بعشرة فالإجارة صحيحة بغير خلاف نعلمه لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة التي يجوز بيعها بها فجاز الاستئجار عليها كما لو علم كيلها. **الثانية**: قال استأجرتك لتحملها لي كل قفيز بدرهم فيصح أيضاً وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز ويبطل فيما زاد ومبنى الخلاف على الخلاف في بيعها وقد ذكرناه. **الثالثة**: قال لتحملها لي قفيزاً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك فيجوز كما لو قال كل قفيز بدرهم وكذلك كل لفظ يدل على إرادة حمل جميعها كقوله لتحمل منها قفيزاً بدرهم وسائرها أو باقيها بحساب ذلك أو قال وما زاد بحساب ذلك يريد به باقيها كله إذا فهما ذلك من اللفظ لدلالته عندهما عليه أو لقرينة صرفت إليه. **الرابعة**: قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك يريد مهما حملت من باقيها فلا يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأن المعقود عليه بعضها وهو مجهول، ويحتمل أن يصح لأنه في معنى كل دلو بتمرة. **الخامسة**: قال لتنقل لي منها كل قفيز بدرهم فهي كالرابعة سواء. **السادسة**: قال لتحمل منها قفيزاً بدرهم على أن تحمل الباقي بحساب ذلك فلا يصح لأنه في معنى بيعتين في بيعة ويحتمل أن يصح لأن معناه لتحمل لي كل قفيز بدرهم. **السابعة**: قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وتنقل لي صبرة أخرى في البيت بحساب ذلك فإن كانا يعلمان الصبرة التي في البيت بالمشاهدة صح فيهما لأنهما كالصبرة الواحدة وإن جهلها أحدهما صح في الأولى وبطل في الثانية لأنها عقدان أحدهما على معلوم والثاني على مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال بعتك عبدي هذا بعشرة وعبدي الذي في البيت بعشرة. **الثامنة**: قال لتحمل لي هذه الصبرة والتي في البيت بعشرة فإن

كانا يعلمان التي في البيت صح فيهما وإن جهلاها بطل فيهما لأنه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ومجهول بخلاف التي قبلها فإن كانا يعلمان التي في البيت لكنها مغصوبة أو امتنع تصحيح العقد فيها لمانع اختص بها بطل العقد فيها، وفي صحته وفي صحة الأخرى وجهان بناء على تفريق الصفقة إلا أنها إن كانت قفزانهما معلومة أو قدر أحدهما معلوم من الأخرى فالأولى صحته لأن قسط الأجر فيها معلوم وإن لم يكن كذلك فالأولى بطلانه لجهالة العوض فيها. التاسعة: قال لتحمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بدرهم فإن زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك صح في العشرة لأنها معلومة ولم يصح في الزيادة لأنها مشكوك فيها ولا يجوز العقد على ما يشك فيه. العاشرة: قال لتحمل لي هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فإن قدم لي طعام فحملته فبحساب ذلك صح أيضاً في الصبرة وفسد في الزيادة لما ذكرناه.

مسألة: قال: (ومن اكترى إلى مكة فلم يرى الجمال الراكبين والمحامل والأغطية والأوطئة لم يجز الكراء).

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الإبل إلى مكة وغيرها وقد قال الله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨] ولم يفرق بين المملوكة والمكتراة، وروي عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] أن تحج وتكرى ونحوه عن ابن عمر ولأن بالناس حاجة إلى السفر وقد فرض الله تعالى عليهم الحج وأخبر أنهم يأتون رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق. وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على معاناتها والقيام بها والشد عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز دفعاً للحاجة. إذا ثبت هذا: فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ما عقدا عليه لأنه عقد معاوضة محضة فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه كالبيع، فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين والآلة التي يركبون فيها من محمل أو محارة وغيرها وإن كانت مقتباً[1] ذكره، وهل يكون مغطى أو مكشوفاً؟ فإن كان مغطى احتاج إلى معرفة الغطاء، ويحتاج إلى معرفة الوطاء الذي يوطأ به المحمل والمعاليق التي معه من قربة وسطيحة وسفرة ونحوها، وذكر سائر ما يحمل معه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر إلا أن الشافعي قال يجوز إطلاق غطاء المحمل لأنه لا يختلف اختلافاً متبايناً، وحكي عنه في المعاليق قول إنه يجوز إطلاقها وتحمل على العرف، وحكي عن مالك أنه يجوز إطلاق الراكبين لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب، وقال أبو حنيفة: إذا قال في المحمل رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدثر جاز استحساناً لأن ذلك يتقارب في العادة فحمل على العادة كالمعاليق، وقال القاضي في غطاء المحمل كقول الشافعي.

ولنا: إن هذا يختلف ويتباين كثيراً فاشترطت معرفته كالطعام الذي يحمل معه، وقولهم إن أجسام الناس متقاربة لا يصح فإن منهم الكبير والصغير والطويل والقصير والسمين والهزيل

---

(١) شيء يشبه الهودج يوضع على الجمل يقي الراكب من البرد والحر والمقتب: الإكاف الصغير.

والذكر والأنثى ويختلفون بذلك ويتباينون كثيراً، ويتفاوتون أيضاً في المعاليق، فمنهم من يكثر الزاد والحوائج ومنهم من يقنع باليسير ولا عرف له يرجع إليه فاشترطت معرفته كالمحمل والأوطئة، وكذلك غطاء المحمل من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشتد على الحمل في الهواء، ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف فتجب معرفته كسائر ما ذكرنا.

وأما المستأجر فيحتاج إلى معرفة الدابة التي يركب عليها لأن الغرض يختلف بذلك، وتحصل بأحد أمرين: إما بالرؤية فيكتفي بها لأنها أعلى طرق العلم إلا أن يكون مما يحتاج إلى معرفة صفة المسمى فيه كالرهوال وغيره فأما أن يجربه فيعلم ذلك برؤيته وإما أن يصفه، وإما بالصفة فإذا وجدت اكتفى بها لأنه يمكن ضبطه بالصفة فجاز العقد عليه كالبيع، وإذا استأجر بالصفة للركوب احتاج إلى ذكر الجنس فيقول إبل أو خيل أو بغال أو حمير، والنوع فيقول بختي أو عربي، وفي الخيل عربي أو برذون، وفي الحمير مصري أو شامي، وإن كان في النوع ما يختلف كالمهملج من الخيل والقطوف احتيج إلى ذكره، وذكر القاضي أنه يحتاج إلى معرفة الذكورية والأنثوية وهو مذهب الشافعي لأن الغرض يختلف بذلك فإن الأنثى أسهل والذكر أقوى، ويحتمل أنه لا يحتاج إلى معرفة ذلك لأن التفاوت فيه يسير ومتى كان الكراء إلى مكة فالصحيح أنه لا يحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع لأن العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة إنما هو الجمال العراب دون البخاتي.

فصل: وإذا كان الكراء إلى مكة أو طريق لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكاريين فلا وجه لذكر تقدير السير فيه لأن ذلك ليس إليهما ولا مقدور عليه لهما وإن كان في طريق السير فيه إليهما استحب ذكر قدر السير في كل يوم، فإن أطلق وللطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقاً لأنه معلوم بالعرف ومتى اختلفا في ذلك وفي ميقات السير ليلاً أو نهاراً أو في موضع المنزل، إما في داخل البلد أو خارج منه حملا على العرف كما لو أطلقا الثمن في بلد فيه نقد معروف، وإن لم يكن للطريق عرف وأطلقا العقد فقال القاضي: لا يصح كما لو أطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه، والأولى أن هذا ليس بشرط لأنه لو كان شرطاً لما صح العقد بدونه في الطريق المخوف ولأنه لم تجر العادة بتقدير السير في طريق، ومتى اختلفا رجع إلى العرف في غير تلك الطريق.

فصل: وإن اشترط حمل زاد مقدر كمائة رطل نظرنا فإن شرط أنه يبدل منها ما نقص بالأكل أو غيره فله ذلك، وإن شرط أن ما نقص بالأكل لا يبدله لم يكن له إبداله فإن ذهب بغير الأكل كسرقة أو سقوط فله إبداله لأن ذلك لم يدخل في شرطه، وإن أطلق العقد فله إبدال ما ذهب بسرقة أو سقوط أو أكل غير معتاد بغير خلاف وإن نقص بالأكل المعتاد فله إبداله أيضاً لأنه استحق حمل مقدار معلوم فملك إبدال ما نقص منه كما لو نقص بسرقة، ويحتمل أنه لا يملك إبداله لأن العرف جار بأن الزاد ينقص فلا يبدل فحمل العقد عند الإطلاق على العرف

وصار كالمصرح به. وقال الشافعي القياس أن له إبداله، ولو قيل ليس له إبداله كان مذهباً لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع.

فصل: وإذا اكترى جملاً ليحج عليه فله الركوب عليه إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليه إلى منى لأنه من تمام الحج وقيل ليس له الركوب إلى منى لأنه بعد التحلل من الحج والأولى أن له ذلك لأنه من تمام الحج وتوابعه ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قول الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] ومن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لأنها زيادة ويحتمل أن له ذلك لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج لكونها لا يكترى إليها إلا للحج غالباً فكان بمنزلة المكتري للحج.

فصل: فيما يلزم المكري والمكتري للركوب. يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطأ به المركوب للراكب من الحداجة[1] للجمل والقتب والزمام الذي يقاد به البعير والبرة التي في أنف البعير إن كانت العادة جارية بينهم بها وإن كان فرساً فاللجام والسرج، وإن كان بغلاً أو حماراً فالبرذعة والإكاف لأن هذا هو العرف فحمل الإطلاق عليه. وعلى المكتري ما يزيد على ذلك كالمحمل والمحارة والحبل الذي يشد به بين المحملين أو المحارتين. لأن ذلك من مصلحة المحمل والوطاء الذي يشد فوق الحداجة تحت الحمل، وعلى المكري رفع المحمل على الجمل ورفع الأحمال وشدها وحطها. لأن هذا هو العرف وبه يتمكن من الركوب، ويلزمه القائد والسائق هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المكتري وإن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة يركبها لنفسه فكل ذلك عليه. لأن الذي على المكري تسليم البهيمة وقد سلمها، فأما الدليل فهو على المكتري. لأن ذلك خارج عن البهيمة المكتراة وآلتها فلم يلزمه كالزاد، وقيل إن كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكتري. لأن الذي عليه أن يسلم الظهر وقد سلمه، وإن كانت على حمله إلى مكان معين في الذمة فهو على المكري لأنه من مؤنة إيصاله إليه وتحصيله فيه.

فصل: وإذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم كالمرأة والشيخ والضعيف والسمين وشبههم فعلى الجمال أن يبرك الجمل لركوبه ونزوله لأنه لا يتمكن من الركوب والنزول إلا به، وإن كان ممن يمكنه الركوب والنزول والبعير قائم لم يلزم الجمال أن يبرك له الجمل لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بدون هذه الكلفة، وإن كان قوياً حال العقد فضعف في أثنائه أو ضعيفاً فقوي فالاعتبار بحال الركوب، لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، ويلزم الجمال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفريضة وقضاء حاجة الإنسان وطهارته ويدع البعير واقفاً حتى يفعل ذلك لأنه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير وما أمكنه فعله عليه من الأكل والشرب وصلاة النافلة من السنن وغيرها لم يلزمه أن يبركه له ولا يقف عليه من أجله، وإن

---

(١) الحداجة: مركب للنساء.

أراد المكتري إتمام الصلاة وطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ذلك بل تكون خفيفة في تمام، ومن اكترى بعيراً لإنسان يركبه لنفسه وسلمه إليه لم يلزمه سوى ذلك لأنه وفى له بما عقد عليه فلم يلزمه شيء سواه.

فصل: وإذا اكترى ظهراً في طريق العادة فيه النزول والمشي عند اقتراب المنزل والمكتري امرأة أو ضعيف لم يلزمه النزول لأنه اكتراه جميع الطريق ولم تجر له عادة بالمشي فلزم حمله في جميع الطريق كالمتاع وإن كان جلداً قوياً ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه النزول أيضاً لأنه عقد على جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضها كالضعيف.

والثاني: يلزمه لأنه متعارف والمتعارف كالمشروط.

فصل: وإن هرب الجمال في بعض الطريق أو قبل الدخول فيها لم يخل من حالين:

أحدهما: أن يهرب بجماله فينظر فإن لم يجد المستأجر حاكماً أو وجد حاكماً لم يمكن إثبات الحال عنده أو أمكن الإثبات عنده ولا يحصل له ما يكتري به ما يستوفي حقه منه فللمستأجر فسخ الإجارة لأنه تعذر عليه قبض المعقود عليه. فأشبه ما لو أفلس المشتري أو انقطع المسلم فيه عند محله، فإن فسخ العقد وكان الجمال قد قبض الأجر كان ديناً في ذمته وإن اختار المقام على العقد وكانت الإجارة على عمل في الذمة فله ذلك، ومتى قدر على الجمال طالبه به، وإن كان العقد على مدة انقضت في هربه انفسخ العقد بذلك، وإن أمكنه إثبات الحال عند الحاكم وكان العقد على موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ويرفع الأمر إلى الحاكم ويثبت عنده حاله فينظر الحاكم فإن وجد للجمال مالاً اكترى به له وإن لم يجد له مالاً وأمكنه أن يقترض على الجمال من بيت المال أو من غيره ما يكتري له به فعل، فإن دفع الحاكم المال إلى المكتري ليكتري لنفسه به جاز في ظاهر كلام أحمد وإن اقترض عليه من المكتري ما يكري به جاز وصار ديناً في ذمة الجمال، وإن كان العقد على معين لم يجز إبداله ولا اكتراء غيره. لأن العقد تعلق بعينه فيتخير المكتري بين الفسخ أو البقاء إلى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل.

الحال الثاني: إذا هرب الجمال فترك جماله فإن المكتري يرفع الأمر إلى الحاكم فإن وجد للجمال مالاً استأجر به من يقوم مقام الجمال في الإنفاق على الجمال والشد عليها وحفظها وفعل ما يلزم الجمال فعله فإن لم يجد له غير الجمال وكان فيه فضلة عن الكراء باع بقدر ذلك وإن لم يكن فيها فضل أو لم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما قلنا، وإن ادان من المكتري وأنفق جاز، وإن أذن للمكتري في الإنفاق من ماله بالمعروف ليكون ديناً على الجمال جاز لأنه موضع حاجة، وإذا رجع الجمال واختلفا فيما أنفق نظرنا فإن كان الحاكم قدر له ما ينفق قبل قوله في قدر ذلك وما زاد لا يحتسب به وإن لم يقدر له قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف لأنه أمين وما زاد لا يرجع به لأنه متطوع به، وإذا وصل المكتري رفع الأمر إلى الحاكم ففعل ما يرى الحظ فيه من بيع

الجمال فيوفي عن الجمال ما لزمه من الدين للمكتري أو لغيره ويحفظ باقي الثمن لـه وإن رأى بيع بعضها وحفظ باقيها والإنفاق على الباقي من ثمن ما باع جاز وإن لم يجد حاكماً أو عجز عن استدانة فله أن ينفق عليها ويقيم مقام الجمال فيما يلزمه فإن فعل ذلك متبرعاً لم يرجع بشيء وإن نوى الرجوع وأشهد على ذلك رجع به لأنه حال ضرورة، وهذا أحد الوجهين للشافعي وإن لم يشهد ونوى الرجوع ففي الرجوع وجهان:

أحدهما: يرجع به. لأن ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة إذن في الإنفاق.

والثاني: لا يرجع به. لأنه يثبت لنفسه حقاً على غيره وكذلك إن لم يجد من يشهده فأنفق محتسباً بالرجوع وقياس المذهب أن لـه الرجوع لقولنا يرجع بما أنفق على الآبق وعلى عيال الغائب وزوجاته والدابة المرهونة ولو قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه وأشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان أيضاً، وحكم موت الجمال حكم هربه، وقال أبو بكر مذهب أحمد أن الموت لا يفسخ الإجارة وله أن يركبها ولا يسرف في علفها ولا يقصر ويرجع بذلك في مال المتوفى فإن لم يكن في يد المستأجر ما ينفقه لم يجز أن يبيع منها شيئاً لأن البيع إنما يجوز من المالك أو من نائبه أو ممن له ولاية عليه.

فصل: قال أصحابنا يصح كراء العقبة وهو مذهب الشافعي ومعناها الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئاً لأنه إذا جاز اكتراؤها في الجميع جاز اكتراؤها في البعض، ولا بد من كونها معلومة إما أن يقدرها بفراسخ معلومة وإما بالزمان مثل أن يركب ليلاً ويمشي نهاراً ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول، وإن اتفقا على أن يركب يوماً ويمشي يوماً جاز. فإن اكترى عقبة وأطلق احتمل أن يجوز ويحمل على العرف، ويحتمل أن لا يصح لأن ذلك يختلف وليس له ضابط فيكون مجهولاً. وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام ويمشي ثلاثة أيام أو ما زاد ونقص جاز، وإن اختلفا لم يجبر الممتنع منهما لأن فيه ضرراً على كل واحد منهما الماشي لدوام المشي عليه، وعلى الجمل لدوام الركوب عليه، ولأنه إذا ركب بعد شدة تعبه كان أثقل على البعير.

وإن اكترى اثنان جملاً يركبانه عقبة وعقبة جاز ويكون كراؤهما طول الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه، وإن تشاحا قسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ معلومة أو لأحدهما الليل وللآخر النهار وإن كان لذلك عرف رجع إليه، وإن اختلفا في البادىء منهما أقرع بينهما، ويحتمل أن لا يصح كراؤهما إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما لأنه عقد على مجهول بالنسبة إلى كل واحد منهما فلم يصح كما لو اشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبداً معيناً منهما.

مسألة: قال: (فإن رأى الراكبين أو وصفا له وذكر الباقي بأرطال معلومة فجائز).

وجملته: أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين إذا وصفهما بما يختلفان بـه في الطول والقصر والهزال والسمن والصحة والمرض والصغر والكبر والـذكوريـة والأنوثيـة والباقي يكفي فيه ذكر الوزن، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب لا بد من معرفة الراكبين بالـرؤية لأنـه يختلف بثقله وخفته وسكـونه وحـركته ولا ينضبط بـالوصف فيجب تعيينـه وهـذا مـذهب الشافعي، ولهم في المحمل وجه أنه لا تكفي فيه الصفة ويجب تعيينه.

ولنا: إنه عقـد معاوضـة مضاف إلى حيـوان فاكتفى فيـه بالصفـة كالبيـع وكالمـركوب في الإجارة ولأنه لو لم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه لأنه إنما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم التساوي فيه ولأن الوصف يكتفي بـه في البيع فاكتفى به في الإجارة كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة يسير تجري المسامحة فيه كالمسلم فيه.

فصل: ويجوز اكتراء الإبل والدواب للحمولة، قال الله تعـالى: ﴿**وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ**﴾ [النحل: ٧] والحمولة بالضم الأحمال والحمولـة بالفتح التي يحمل عليها قال الله تعالى: ﴿**وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةً وَفَرْشاً**﴾ [الأنعام: ١٤٢] الحمولة الكبـار والفرش الصغار، وقيـل الحمولـة الإبل والفـرش: الغنم لأنها لا تحمل، ولا يحتـاج إلى معرفـة الحمولة لأن الغرض حمل المتاع دون ما يحمله بخلاف الركوب فإن المـركب غرضـاً في المركـوب من سهولته وحـالة سرعتـه، وإن اتفق وجود غـرض في الحمولـة مثل أن يكـون المحمول شيئـاً تضره كثرة الحركة كالفاكهة والزجاج أو كون الطريق مما يعسر على بعضها دون بعض فينبغي أن يذكر في الإجارة، وأما الأحمال فلا بد من معرفتهـا فإن لم يعـرفها لم يجـز لأن ذلك يتفـاوت كثيراً ويختلف الغرض به فإن شرط أن تحمل ما شاء بطل لأن ذلك لا يمكن الوفاء بـه ويدخـل فيه مـا يقتل البهيمة، وإن قال احتمل عليها طاقتها لم يجز أيضاً لأن ذلك لا ضابط له، وتحصل المعرفة بطريقين (المشـاهدة) لأنها من أعـلى طرق العلم (والصفـة) ويشترط في الصفـة معرفـة شيئين: القدر والجنس لأن الجنس يختلف تعب البهيمة باختلافه مع التساوي في القدر فـإن القطن يضر بها من وجه وهو أنه ينتفخ على البهيمة فيدخل فيه الريح فيثقل ومثله من الحديد يؤذي من جهة أخرى وهو أنه يجتمع على موضع من البهيمة فربما عقرها فلا بد من بيـانه، وأمـا الظروف فـإن دخلت في الوزن لم يحتج إلى ذكرها، وإن لم توزن فإن كـانت ظروفاً معروفـة لا تختلف كغرائـر الصوف والشعر ونحوها جاز العقد عليها من غير تعيين لأنها قلما تتفاوت تفـاوتا كثيـراً فتسميتها تكفي وإن كـانت تختلف فلا بـد من معرفتهـا بالتعيـين أو الصفة وذكـر ابن عقيل أنـه إذا قـال أكريتكها لتحمل عليها ثلاثمائة رطل مما شئت جاز وملك ذلك لكن لا يحمله حملاً يضر بالحيوان مثل ما لو أراد حمل حديد أو زئبق ينبغي أن يفرقه على ظهر الحيوان فلا يجتمع في موضـع واحد من ظهره ولا يجعله في وعاء يتموج فيه فيكد البهيمة ويتعبها، وإن اكترى ظهراً للحمل موصوفاً بجنس فأراد حمله على غير ذلك الجنس وكان الطالب لذلك المستـأجر لم يقبـل منه لأنـه لا يملك المطالبة بما لم يعقد عليه وإن طلبه المؤجر وكان يفوت به غرض للمستأجر مثل أن يكـون غرضـه

الاستعجال في السير أو أن لا ينقطع عن القافلة فيتعين الخيل أو البغال أو يكون غرضه سكون الحمل لكون الحمولة مما يضرها الهز أو قوتها وصبرها لطول الطريق وثقل الحمولة فيعين الإبل لم يجز العدول عنه لأنه يفوت غرض المستأجر فلم يجز ذلك كما في المركوب، وإن لم يفوت غرضاً جاز كما يجوز لمن اكترى على حمل شيء حمل مثله أو أقل ضرراً منه.

فصل: ويجوز كراء الدابة للعمل لأنها منفعة مباحة خلقت الدابة لها فجاز الكراء لها كالركوب وإن اكترى بقراً للحرث جاز لأن البقر خلقت للحرث ولذلك قال النبي ﷺ: «بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت: إني لم أخلق لهذا إنما خلقت للحرث» متفق عليه، ويحتاج إلى شرطين: معرفة الأرض وتقدير العمل فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ولأنها تختلف فتكون صلبة تتعب البقر والحراث وقد يكون فيها حجارة تتعلق بالسكة وتكون رخوة سهلة يسهل حرثها ولا تأتي الصفة عليها فيحتاج إلى رؤيتها.

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما بالأرض كهذه القطعة أو من هذا المكان إلى هذا المكان أو بالمساحة كمدي أو مديين ونحو ذلك كل ذلك جائز، لأن العلم يحصل به فإن قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها لأن الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف، ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولى الحرث بها ويجوز استئجارها بآلتها من الفدان والنير واستئجارها بدون آلتها وتكون الآلة من عند صاحب الأرض، ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع لأنها منفعة مباحة مقصودة فأشبهت الحرث، ويجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرناه في الحرث، ومتى كان على مدة احتيج إلى معرفة الحيوان الذي يعمل عليه ليعرف قوته أو ضعفه، وإن كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج إلى معرفة جنس الحيوان لأن الغرض يختلف به فمنه ما روثه طاهر ومنه ما روثه نجس ولا يحتاج إلى معرفة عين الحيوان، ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وبغير آلته مع صاحبه ومنفرداً عنه كما ذكرنا في الحرث.

فصل: ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرحى ويفتقر إلى شيئين معرفة الحجر إما بمشاهدة وإما بصفة تحصل بها معرفته لأن عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفته وتقدير العمل إما بالزمان فيقول يوماً أو يومين، أو بالطعام فيقول قفيزاً أو قفيزين ويذكر جنس المطحون إن كان يختلف لأن منه ما يسهل طحنه ومنه ما يصعب، وكذلك إن اكتراها لإدارة دولاب فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دولابه لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان أو ملء هذا الحوض أو هذه البركة، وكذلك إن اكتراها للاستقاء بالغرب فلا بد من معرفته لأنه يختلف بكبره وصغره ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء بركة أو حوض، ولا يجوز تقدير ذلك بسقي أرض لأن ذلك يختلف فقد تكون الأرض عطشانة لا يرويها القليل وتكون قريبة العهد بالماء فيكفيها القليل فيكون ذلك مجهولاً، وإن قدره بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل أن يجوز لأن شربها يتقارب في الغالب ويجوز استئجار دابة ليستقى عليها ماء ولا بد من

معرفة الآلة التي يستقى بها من راوية أو قرب أو جرار، ومعرفة ذلك إما بالرؤية وإما بالصفة، ويقدر العمل إما بالزمان وإما بعدد المرات وإما بملء شيء معين، فإن قدره بعدد المرات احتاج إلى معرفة الموضع الذي يستقي منه والذي يذهب إليه لأن ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة وإن قدره بملء شيء معين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقي منه، ويجوز أن يكتري البهيمة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها. وإن اكتراها لبل تراب معروف جاز لأن ذلك بالعرف، وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه لأن الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف، وإن وقع على عمل معين لم يحتج إلى معرفتها لأنه لا يختلف ويحتمل أن يحتاج إلى ذلك في استيفاء الماء عليه لأن منه ما ورثه طاهر بغير خلاف كالخيل والبقر، ومنه ما روثه نجس ويختلف في نجاسة جسمه كالبغال والحمير فربما نجس به المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به فيختلف الغرض بذلك فتجب معرفته.

فصل: وإذا اكترى حيواناً لعمل لم يخلق له مثل أن اكترى البقر للركوب والحمل عليها أو اكترى الإبل والحمر للحرث جاز لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كالذي خلقت له ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما له العين المملوكة ويمكن تحصيله منها ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح إما ورود نص بتحريمه أو قياس صحيح أو رجحان مضرته على منفعته وليس ها هنا واحد منها، وكثير من الناس من الأكراد وغيرهم يحملون على البقر ويركبونها وفي بعض البلدان يحرث على الإبل والبغال والحمير فيكون معنى خلقها للحرث إن شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة ويباح أكلها واللؤلؤ خلق للحلية ويجوز استعماله في الأدوية وغيرها والله أعلم.

مسألة: قال: (وما حدث في السلعة من يد الصانع ضمن).

وجملته: أن الأجير على ضربين: خاص ومشترك. فالخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوماً أو شهراً، سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس. والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحل والطبيب. سمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته، فالأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقي وهو ضامن لما جنت يده فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد نص أحمد على هذه المسألة في رواية ابن منصور، والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته والجمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي شد به

حمله والملاح يضمن ما تلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة، وروي ذلك عن عمر وعلي وعبد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يضمن ما لم يتعد. قال الربيع هذا مذهب الشافعي.

وإن لم يبح به، وروي ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة.

ولنا: ما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس إلا ذلك، وروى الشافعي في مسنده بإسناده عن علي أنه كان يضمن الأجراء ويقول لا يصلح الناس إلا هذا ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالعدوان بقطع عضو بخلاف الأجير الخاص. والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه.

فصل: ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه والقصار والخياط في دكانيهما قال ولو دعا الرجل خبازاً فخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيما أتلف ما لم يفرط. لأنه سلم نفسه إلى المستأجر فيصير كالأجير الخاص. قال ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكباً على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لا ضمان على الملاح والمكاري. لأن يد صاحب المتاع لم تزل، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمنه الجمال لأن رب المتاع لم يسلمه إليه، ومذهب مالك والشافعي نحو هذا، قال أصحاب الشافعي: لو كان العمل في دكان الأجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن لأن يده عليه فلم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله لأن يده عليه فكلما عمل شيئاً صار مسلماً إليه فظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائباً عنه أو كونه مع الملاح أو الجمال أو لا. وكذلك قال ابن عقيل ما تلف بجناية الملاح بجذفه[1] أو بجناية المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه سواء كان صاحب المتاع معه أو لم يكن لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان ولأن جناية الجمال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكباً معه يعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمهما فلم يسقط ذلك الضمان كما لو رمى إنساناً متترساً فكسر ترسه وقتله، ولأن الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون، وقد ذكر القاضي أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه روب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتلف ضمن، وإن سرق لم يضمن

(١) الجذف: دفع السفينة بالمجدافة.

لأنه في العثار تلف بجنايته والسرقة ليست من جنايته ورب المال لم يحل بينه وبينه وهذا يقتضي أن تلفه بجنايته مضمون عليه سواء حضر رب المال أو غاب بل وجوب الضمان في محل النزاع أولى لأن الفعل في ذلك إلى الموضع مقصود لفاعله والسقطة من الحمال غير مقصودة له فإذا وجب الضمان ها هنا فثم أولى.

فصل: وذكر القاضي أنه إذا كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً فلا ضمان على المكاري فيما تلف من سوقه وقوده إذ لا يضمن بني آدم من جهة الإجارة لأنه عقد على منفعة والأولى وجوب الضمان لأن الضمان ها هنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الجنايات وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والختان والله أعلم.

فصل: الأجير الخاص هو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه ما لم يتعد قال أحمد في رواية مهنا في رجل أمر غلامه يكيل لرجل بزراً فسقط الرطل من يده فانكسر لا ضمان عليه، فقيل أليس هو بمنزلة القصار؟ قال: لا، القصار مشترك قيل فرجل اكترى رجلاً يستقي ماء فكسر الجرة؟ فقال لا ضمان عليه. قيل له فإن اكترى رجلاً يحرث له على بقرة فكسر الذي يحرث به قال فلا ضمان عليه وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه وظاهر مذهب أحمد الشافعي وله قول آخر: إن جميع الأجراء يضمنون وروى في مسنده عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجراء ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا.

ولنا: إن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص وقطع يد السارق، وخبر علي رضي الله عنه وكرم وجهه مرسل والصحيح فيه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ، وإن روي مطلقاً حمل على هذا فإن المطلق يحمل على المقيد، ولأن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به فلم يضمن من غير تعد كالوكيل والمضارب، فأما ما يتلف بتعديه فيجب ضمانه مثل الخباز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق لأنه تلف بتعديه فضمنه كغير الأجير.

فصل: وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً كالخياط في دكان يستأجر أجيراً مدة يستعمله فيها فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه إلى أجيره فخرقه أو أفسده لم يضمنه لأنه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لأنه أجير مشترك.

فصل: إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله فصاحبه مخير بين تضمينه إياه غير معمول، ولا أجر عليه وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجره، ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه ولا أجر له وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان، وإنما كان كذلك لأنه إذا أحب تضمينه معمولاً أو في المكان الذي أفسده فيه فله ذلك لأنه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المطالبة بعوضه حينئذ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك فلأن أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه وما سلم إليه فلا يلزمه.

فصل: إذا دفع إلى حائك غزلاً فقال انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع. فنسجه زائداً على ما قدر له في الطول والعرض فلا أجر له في الزيادة. لأنه غير مأمور بها وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه فإن كان جاء به زائداً في الطول وحده ولم ينقص الأصل بالزيادة فله ما سمى له من الأجر كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة فضرب له مائتين، فإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان:

أحدهما: لا أجر له. لأنه مخالف لأمر المستأجر فلم يستحق شيئاً كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين.

والثاني: له المسمى. لأنه زاد على ما أمر به. فأشبه زيادة الطول، ومن قال بالوجه الأول فرق بين الطول والعرض بأنه يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ما أراد ولا يمكن ذلك في العرض، وأما إن جاء به ناقصاً في الطول والعرض أو في أحدهما ففيه أيضاً وجهان.

أحدهما: لا أجر له وعليه ضمان نقص الغزل لأنه مخالف لما أمر به. فأشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض نصف ذراع.

والثاني: له بحصته من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن فضرب بعضه، ويحتمل أنه إن جاء به ناقصاً في العرض فلا شيء له، وإن كان ناقصاً في الطول فله بحصته من المسمى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض، وإن جاء به زائداً في أحدهما ناقصاً في الآخر فلا أجر له في الزائد وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه. وقال محمد بن الحسن في الموضعين يخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النساج ومطالبته بثمن غزله وبين أن يأخذه ويدفع إليه المسمى في الزائد أو بحصة المنسوج في الناقص. لأن غرضه لم يسلم له لأنه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل فكأنه أتلف عليه غزله.

ولنا: إنه وجد عين ماله فلم يكن له المطالبة بعوضه كما لو جاء به زائداً في الطول وحده، فأما إن أثرت الزيادة أو النقص في الأصل مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب خفيفاً فنسجه خمسة عشر فصار صفيقاً أو أمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقاً فنسجه عشرة فصار خفيفاً فلا أجر له بحال وعليه ضمان نقص الغزل لأنه لم يأت بشيء مما أمر به.

فصل: إذا دفع إلى خياط ثوباً فقال إن كان يقطع قميصاً فاقطعه فقال هو يقطع وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه، وإن قال انظر هذا يكفيني قميصاً؟ قال نعم قال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن. وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور لا ضمان عليه في المسألتين لأنه لو كان غره في الأولى لكان قد غره في الثانية.

ولنا: إنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه وفي الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتغريره بل لعدم الإذن في قطعه لأن إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذناً في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية.

فصل: فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة فعليه غرم ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً لأن هذا قطع غير مأذون فيه. فأشبه ما لو قطعه من غير إذن، وقيل يغرم ما بين قميص امرأة وقميص رجل لأنه مأذون في قميص في الجملة، والأول أصح لأن المأذون فيه قميص موصوف بصفة فإذا قطع قميصاً غيره لم يكن فاعلاً لما أذن فيه فكان متعدياً بابتداء القطع، ولذلك لا يستحق على القطع أجراً ولو فعل ما أمر به لاستحق أجره.

فصل: وإن اختلفا فقال أذنت لي في قطعه قميص امرأة وقال بل أذنت لك في قطعه قميص رجل، أو قال أذنت لي في قطعه قميصاً بل قباء أو قال الصباغ أمرتني بصبغه أحمر قال بل أسود فالقول قول الخياط والصباغ. نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول ابن أبي ليلى وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور القول قول رب الثوب، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال له قولان كالمذهبين ومنهم من قال له قول ثالث أنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن، ومنهم من قال الصحيح أن القول قول رب الثوب لأنهما اختلفا في صفة إذنه والقول قوله في أصل الإذن فكذلك في صفته. ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه فالقول قول من ينفيه.

ولنا: إنهما اتفقا في الإذن واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون له كالمضارب إذا قال أذنت لي في البيع نساء. ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع والصباغ الصبغ والظاهر أنه فعل ما ملكه واختلفا في لزوم الغرم له والأصل عدمه فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ بالله لقد أذنت لي في قطعه قباء وصبغه أحمر ويسقط عنه الغرم ويكون له أجر مثله لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ولا يستحق المسمى لأن المسمى ثبت بقوله ودعواه فلا يحنث بيمينه. ولأن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» أخرجه مسلم. فأما المسمى في العقد فإنما يعترف رب الثوب بتسميته أجراً وقطعه قميصاً وصبغه أسود، فأما من قال القول قول رب الثوب فإنه يحلف بالله ما أذنت في قطعه قباء ولا صبغه أحمر ويسقط عنه المسمى ولا يجب للخياط والصباغ شيء لأنهما فعلا غير ما أذن لهما فيه. وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الأقبية والسواد فالقول قوله وعلى الصانع غرم ما نقص بالقطع وضمان ما أفسد ولا أجر له لأن قرينة حال رب المال تدل على صدقه فتترجح دعواه بها كما لو اختلفا في حائط لأحدهما عليه عقد أو أزج رجحنا دعواه بذلك. وإن اختلف الزوجان في متاع البيت رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له، ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته. فعلى هذا يحلف رب الثوب ما أذنت لك في قطعه قباء ويكفي هذا لأنه يبتغي به الإذن فيصير قاطعاً لغير ما أذن فيه فإن كان القباء مخيطاً بخيوط لمالكه لم يملك الخياط فتقه وكان لمالكه أخذه مخيطاً بلا عوض لأنه عمل في ملك غيره عملاً مجرداً عن عين مملوكة له فلم يكن له إزالته كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع لم يكن له رده إذا رضي صاحبه بتركه فيه، وإن كانت الخيوط للخياط فله نزعها لأنها عين ماله ولا يلزمه أخذ قيمتها لأنها ملكه ولا يتلف

بأخذها ما له حرمة، فإن اتفقا على تعويضه عنها جاز لأن الحق لهما، وإن قال رب الثوب أنا أشد في كل خيط خيطاً حتى إذا سله عاد خيط رب الثوب في مكانه لم يلزم الخياط الإجابة إلى ذلك لأنه انتفاع بملكه، وحكم الصباغ في قلع الصبغ إن أحبه وفي غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب على ما مضى في بابه. والذي يقوى عندي أن القول قول رب الثوب لما ذكرنا في دليلهم.

فصل: وكل من استؤجر على عمل في عين فلا يخلو إما أن يوقعه وهي في يد الأجير كالصباغ يصبغ في حانوته والخياط في دكانه فلا يبرأ من العمل حتى يسلمها إلى المستأجر ولا يستحق الأجر حتى يسلمه مفروغاً منه لأن المعقود عليه في مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى العاقد كالمبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتري. وأما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر مثل أن يحضره المستأجر إلى داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها فإنه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله لأنه في يد المستأجر فيصير مسلماً للعمل حالاً فحالاً، ولو استأجر رجلاً يبني له حائطاً في داره أو يحفر فيها بئراً لبرىء من العمل واستحق أجره بمجرد عمله، ولو كانت البئر في الصحراء أو الحائط لم يبرأ بمجرد العمل، ولو انهارت عقيب الحفر أو الحائط بعد بنائه وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل نص عليه أحمد في رواية ابن منصور فإنه إذا قال استعمل ألف لبنة في كذا وكذا فعمل ثم سقط فله الكراء، وأما الأجير الخاص فيستحق أجره بمضي المدة سواء تلف ما عمله أو لم يتلف نص عليه أحمد فقال إذا استأجره يوماً فعمل وسقط عند الليل ما عمل فله الكراء وذلك لأنه إنما يلزمه تسليم نفسه وعمل ما يستعمل فيه وقد وجد ذلك منه بخلاف الأجير المشترك ولو استأجر أجيراً ليبني له حائطاً طوله عشرة أذرع فبنى بعضه فسقط لم يستحق شيئاً حتى يتممه سواء كان في ملك المستأجر أو في غيره لأن الاستحقاق مشروط بإتمامه ولم يوجد قال أحمد إذا قيل له ارفع حائطاً كذا وكذا ذراعاً فعليه أن يوفيه فإن سقط فعليه التمام وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة أذرع فحفر منها خمسة وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحق شيئاً حتى يتمم حفرها.

مسألة: قال: (وإن تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا أجر له فيما عمل فيها).

اختلفت الرواية عن أحمد في الأجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه لا يضمن، نص عليه في رواية ابن منصور وهو قول طاوس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول الشافعي، وروي عن أحمد إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه وإن كان غرقاً أو عدواً غالباً فلا ضمان قال أحمد رحمة الله عليه في رواية أبي طالب إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وإن كان عدواً أو غرقاً فلا ضمان ونحو هذا قال أبو يوسف، والصحيح في المذهب الأول وهذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة لأنه يتهم ولهذا قال في الوديعة في رواية إنها تضمن إذا ذهبت من بين ماله فأما غير ذلك فلا ضمان عليه لأن تخصيص التضمين بما إذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه ولأنه

إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان فلا يجب عليه الضمان كما لو تلفت بأمر غالب، وقال مالك وابن أبي ليلى يضمن بكل حال لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير.

ولنا: إنها عين مقبوضة بعقد الإجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة، ولأنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود إليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بأمر غالب، ويخالف العارية فإنه ينفرد بنفعها والخبر مخصوص بما ذكرنا من الأصول فيخص محل النزاع بالقياس عليها إذا ثبت هذا: فإنه لا أجر له فيما عمل فيها لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه.

فصل: وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر فتلف ضمنه لأنه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب.

فصل: إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه فعليه ضمانه لأنه فوته على مالكه. قال أحمد يغرم القصار ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده إلى القصار ويطالبه بثوبه، فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعاً وضمن أرش القطع وله مطالبته بثوبه إن كان موجوداً، وإن هلك عند القصار فهل يضمنه؟ فيه روايتان:

إحداهما: يضمنه. لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم.

والثانية: لا يضمنه، لأنه لم يمكنه رده فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض.

فصل: والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الذين يكرون المظل أو الخيمة إلى مكة فيذهب من المكتري بسرق أو بذهاب هل يضمن؟ قال أرجو أن لا يضمن وكيف يضمن؟ إذا ذهب لا يضمن، ولا نعلم في هذا خلافاً وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة أو قبض الزوج امرأته الأمة، ويخالف العارية فإنه لا يستحق منفعتها وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده وليس عليه الرد أومأ إليه في رواية ابن منصور، فقيل له إذا اكترى دابة أو استعار أو استودع فليس عليه أن يحمله فقال أحمد: من استعار شيئاً فعليه رده من حيث أخذه فأوجب الرد في العارية ولم يوجبه في الإجارة والوديعة، ووجهه أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة كالوديعة إن تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه، وهذا قول بعض الشافعية، وقال بعضهم: يضمن لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها.

ولنا: إنها أمانة أشبهت الوديعة ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها وأما العارية فإنها

مضمونة في كل حال بخلاف مسألتنا ولأنه يجب ردها، وعلى كل حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها إليه فإن امتنع من ردها لغير عذر صارت مضمونة كالمغصوبة.

فصل: فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد، وهل تفسد الإجارة به؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع. وقال أحمد فيما إذا شرط ضمان العين: الكراء والضمان مكروه. وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر قال لا يصلح الكراء بالضمان، وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكتري بضمان إلا أنه من شرط على كري أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلاً مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه وإن شرطه لم يصح الشرط لأن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، وعن أحمد أنه سئل على ذلك فقال: المسلمون على شروطهم، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم» فأما إن أكراه عيناً وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض مخالف ضمن لأنه متعد لشرط كريه فضمن ما تلف به كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزاً فحمل اثنين.

فصل: وإن كانت الإجارة فاسدة لم يضمن العين أيضاً إذا تلفت بغير تفريط ولا تعد لأنه عقد لا يقتضي الضمان صحيحه فلا يقتضيه فاسده كالوكالة والمضاربة، وحكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيحه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده وما لم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده.

فصل: وللمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ويكبحها باللجام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة، وقد صح أن النبي ﷺ نخس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضي الله عنه يخرش بعيره بمحجنه، وللرائض ضرب الدابة للتأديب وترتيب المشي والعدو والسير وللمعلم ضرب الصبيان للتأديب. قال الأثرم: سئل أحمد عن ضرب المعلم الصبيان قال على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضربه ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف، بهذا في الدابة قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمن لأنه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب.

ولنا: إنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل ولأن الضرب معنى تضمنه عقد الإجارة فإذا تلف منه لم يضمن كالركوب، وفارق غير المستأجر لأنه متعد، وقول الشافعي: يمكن التأديب بغير الضرب لا يصح فإن العادة خلافه، ولو أمكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب إذ فيه ضرر وإيلام مستغنى عنه، وإن أسرف في هذا كله أو زاد على ما

يحصل الغنى به أو ضرب من لا عقل له من الصبيان فعليه الضمان لأنه متعد حصل التلف بعدوانه.

مسألة: قال: (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم).

وجملته: أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين:

أحدهما: أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرماً فيضمن سرايته كالقطع ابتداء.

الثاني: أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع، فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الإمام يد السارق أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً في فعله أشبه ما ذكرنا، فأما إن كان حاذقاً وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها أو قطع في غير محل القطع أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها أو يقطع بآلة كآلة يكثر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبه إتلاف المال ولأن هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداء وكذلك الحكم في النزاع والقاطع في القصاص وقاطع يد السارق، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً.

فصل: وإن ختن بغير إذن وليه أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه أو من صبي بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن لأنه قطع غير مأذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه أو فعله من أذنا له لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعاً.

فصل: ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلعة لا نعلم فيه خلافاً ولأنه فعل يحتاج إليه مأذون فيه شرعاً فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة.

فصل: ويجوز أن يستأجر حجاماً ليحجمه وأجره مباح وهذا اختيار أبي الخطاب. وهذا قول ابن عباس قال: أنا آكله وبه قال عكرمة والقاسم وأبو جعفر ومحمد بن علي بن الحسين وربيعة ويحيى الأنصاري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال القاضي: لا يباح أجر الحجام وذكر أن أحمد نص عليه في مواضع وقال أعطي شيئاً من غير عقد ولا شرط فله أخذه ويصرفه في علف دوابه وطعمة عبيده ومؤنة صناعته ولا يحل له أكله، وممن كره كسب الحجام عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي وذلك لأن النبي ﷺ قال: «كسب الحجام خبيث» رواه مسلم وقال «اطعمه ناضحك ورقيقك».

ولنا: ما روى ابن عباس قال: «احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراماً

لم يعطه» متفق عليه. وفي لفظ لو علمه خبيثاً لم يعطه، ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة فجاز الاستئجار عليها كالبناء والخياطة، ولأن بالناس حاجة إليها. ولا نجد كل أحد متبرعاً بها فجاز الاستئجار عليها كالرضاع وقول النبي ﷺ في كسب الحجام: «أطعمه رقيقك» دليل على إباحة كسبه إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله فإن الرقيق آدميون يحرم عليهم ما حرمه الله تعالى كما يحرم على الأحرار. وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استئجار تحكم لا دليل عليه وتسميته كسباً خبيثاً لا يلزم منه التحريم فقد سمى النبي ﷺ الثوم والبصل خبيثين مع إباحتها.

وإنما كره النبي ﷺ ذلك للحر تنزيهاً لدناءة هذه الصناعة وليس عن أحمد نص في تحريم كسب الحجام ولا الاستئجار عليها، وإنما قال: نحن نعطيه كما أعطى النبي ﷺ ونقول له كما قال النبي ﷺ لما سئل عن أكله نهاه وقال: «اعلفه الناضح والرقيق» وهذا معنى كلامه في جميع الروايات. وليس هذا صريحاً في تحريمه بل فيه دليل على إباحته كما في قول النبي ﷺ وفعله على ما بينا وإن أعطاه للحجام دليل على إباحته إذ لا يعطيه ما يحرم عليه. وهو عليه السلام يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها ويمكنهم منها، وأمره بإطعام الرقيق منها دليل على الإباحة فيتعين حمل نهيه عن أكلها على الكراهة دون التحريم. وكذلك قول الإمام أحمد. فإنه لم يخرج عن قول النبي ﷺ وفعله وإنما قصد أتباعه ﷺ وكذلك سائر من كرهه من الأئمة يتعين حمل كلامهم على هذا. ولا يكون في المسألة قائل بالتحريم. وإذا ثبت هذا فإنه يكره للحر أكل كسب الحجام ويكره تعلم صناعة الحجامة وإجارة نفسه لها لما فيها من الأخبار، ولأن فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح. وعلى هذا يحمل قول الأئمة الذين ذكرنا عنهم كراهتها جمعاً بين الأخبار الواردة فيها وتوفيقاً بين الأدلة الدالة عليها والله أعلم.

فصل: فأما استئجار الحجام لغير الحجامة كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من الجسد للحاجة إليه فجائز لأن قول النبي ﷺ: «كسب الحجام خبيث» يعني بالحجامة كما نهى عن مهر البغي أي في البغاء، وكذلك لو كسب بصناعة أخرى لم يكن خبيثاً بغير خلاف. وهذا النهي مخالف للقياس مختص بالمحل الذي ورد فيه. ولأن هذه الأمور تدعو الحاجة إليها ولا تحريم فيها فجازت الإجارة وأخذ الأجر عليها كسائر المنافع المباحة.

فصل: ويجوز أن يستأجر كحالاً ليكحل عينه لأنه عمل جائز ويمكن تسليمه ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة لأن العمل غير مضبوط فيقدر به ويحتاج إلى بيان قدر ما يكحله مرة في كل يوم أو مرتين. فأما إن قدرها بالبرء. فقال القاضي لا يجوز لأنه غير معلوم.

وقال ابن أبي موسى: لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء، والصحيح إن شاء الله أن هذا يجوز لكن يكون جعالة لا إجارة. فإن الإجارة لا بد فيها من مدة أو عمل معلوم. فأما الجعالة فتجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جعالة فيجوز ها هنا مثله. إذا ثبت هذا. فإن

الكحل إن كان من العليل جاز. لأن آلات العمل تكون من المستأجر كاللبن في البناء والطين والآجر ونحوها، وإن شارطه على الكحل جاز. وقال القاضي: يحتمل أن لا يجوز لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة فلا يصح اشتراطه على العامل كلبن الحائط.

ولنا: إن العادة جارية. ويشق على العليل تحصيله وقد يعجز عنه بالكلية فجاز كالصبغ من الصباغ واللبن من الرضاع والحبر والأقلام من الوراق. وما ذكروه ينتقض بهذه الأصول، وفارق لبن الحائط لأن العادة تحصيل المستأجر له. ولا يشق ذلك بخلاف مسألتنا، وقال أصحاب مالك يجوز أن يستأجره ليبني له حائطاً والآجر من عنده. لأنه اشترط ما تتم به الصنعة التي عقد عليها فإذا كان مباحاً معروفاً جاز. كما لو استأجره ليصبغ ثوباً والصبغ من عنده.

ولنا: إن عقد الإجارة عقد على المنفعة فإذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتين في بيعة، ويفارق الصبغ. وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك من حيث إن الحاجة داعية إليه لأن تحصيل الصبغ يشق على صاحب الثوب وقد يكون الصبغ لا يحصل إلا في حيث تحتاج إلى مؤنة كثيرة لا يحتاج إليها في صبغ هذا الثوب. فجاز لمسيس الحاجة إليه بخلاف مسألتنا.

فصل: وإذا استأجره مدة فكحله فيها فلم تبرأ عينه استحق الأجر. وبه قال الجماعة، وحكي عن مالك أنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه. ولم يحك ذلك أصحابه. وهو فاسد لأن المستأجر قد وفى العمل الذي وقع العقد عليه فوجب له الأجر. وإن لم يحصل الغرض كما لو استأجره لبناء حائط يوماً أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه، وإن برئت عينه في أثناء المدة انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة. لأنه قد تعذر العمل. فأشبه ما لو حجز عنه أمر غالب وكذلك لو مات فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الكحال الأجر بمضي المدة كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه، فأما إن شارطه على البرء. فإنه يكون جعالة فلا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء سواء وجد قريباً أو بعيداً، فإن برىء بغير كحلة أو تعذر الكحل لموته أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر فله أجر مثله كما لو عمل العامل في الجعالة ثم فسخ العقد، وإن امتنع لأمر من جهة الكحال أو غير الجاعل فلا شيء له، وإن فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال فعليه أجر عمله، فإن فسخ الكحال فلا شيء له لأنها جعالة فثبت فيها ما ذكرناه.

فصل: ويجوز أن يستأجر طبيباً ليداويه، والكلام فيه كالكلام في الكحال سواء. إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب لأن ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل للحاجة إليه وجري العادة به. فلم يوجد ذلك المعنى ها هنا. فثبت الحكم فيه على وفق الأصل والله أعلم.

فصل: ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه لأنها منفعة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها كالختان. فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لأنه من جنايته، وإن برىء الضرس قبل قلعه انفسخت الإجارة لأن قلعه لا يجوز، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه

لم يجبر عليه لأن إتلاف جزء من الآدمي محرم في الأصل. وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة.

فصل: ومن استؤجر على عمل موصوف في الذمة كخياطة أو بناء أو قلع ضرس فبذل الأجير نفسه للعمل فلم يمكنه المستأجر لم تستقر الأجرة بذلك لأنه عقد على المنفعة من غير تقدير فلم يستقر بدلها بالبذل كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها، ويفارق حبس الدابة مدة الإجارة لأن المنافع تلفت تحت يده بخلاف مسألتنا.

مسألة: قال: (ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد).

لا نعلم خلافاً في صحة استئجار الراعي. وقد دل عليه قول الله تعالى مخبراً عن شعيب أنه قال: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] وقد علم أن موسى عليه السلام إنما آجر نفسه لرعاية الغنم. إذا ثبت هذا: فإنه لا ضمان على الراعي فيما تلف من الماشية ما لم يتعد ولا نعلم فيه خلافاً إلا عن الشعبي. فإنه روي عنه أنه ضمن الراعي.

ولنا: إنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالمودع ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة فأما ما تلف بتعديه فيضمنه بغير خلاف مثل أن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد منه أو تغيب عن نظره وحفظه أو ضربها ضرباً يسرف فيه أو في غير موضع الضرب أو من غير حاجة إليه أو سلك بها موضعاً تتعرض فيه للتلف وأشباه هذا مما يعد تفريطاً وتعدياً فتتلف به فعليه ضمانها لأنها تلفت بعدوانه فضمنها كالمودع إذا تعدى وإن اختلفا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي لأنه أمين، وإن فعل فعلاً اختلفا في كونه تعدياً رجع إلى أهل الخبرة ولو جاء بجلد شاة وقال ماتت قبل قوله. ولم يضمن، وعن أحمد أنه يضمن ولا يقبل قوله، والصحيح الأول لأن الأمناء تقبل أقوالهم كالمودع ولأنه يتعذر عليه إقامة البينة في الغالب فأشبه المودع. كذلك لو ادعى موتها من غير أن يأتي بجلدها.

فصل: ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة لأن العمل لا ينحصر ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة فإن عقد على ماشية معينة فذكر أصحابنا أنه يتعلق بأعيانها كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه فلا يجوز إبداله ويبطل العقد بتلفها وإن تلف بعضها بطل عقد الإجارة فيه وله أجر ما بقي منها بالحصة وإن ولدت سخالاً لم يكن عليه رعيها لأنها زيادة لم يتناولها العقد، ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها لأنها ليست المعقود عليها وإنما يستوفي المنفعة بها فأشبه ما لو استأجر ظهراً ليركبه جاز أن يركب غيره مكانه، ولو استأجر داراً ليسكنها جاز أن يسكنها مثله ولو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها ما هو مثلها في الضرر أو أدنى منها وإنما المعقود عليه منفعة الراعي ولهذا يجب له الأجر إذا سلم نفسه وإن لم يرع، ويفارق الثوب في الخياطة لأن الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف

الرعي. فعلى هذا له إبدالها بمثلها، وإن تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه وكان له إبداله وإن وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه إبلاً أو بقراً أو غنماً أو ضأناً أو معزاً، وإن أطلق ذكر البقر والإبل لم يتناول الجواميس والبخاتي لأن إطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً وإن وقع العقد في مكان يتناولها إطلاق الاسم احتاج إلى ذكر نوع ما يراه منها كالغنم لأن كل نوع له أثر في إتعاب الراعي، ويذكر الكبر والصغر فيقول كباراً أو سخالاً أو عجاجيل أو فصلاناً إلا أن يكون ثم قرينة أو عرف صارف إلى بعضها فيغني عن الذكر، وإذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة عليها لا من سخالها ولا من غيرها، وإن أطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يجز وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي يصح ويحمل على ما جرت به العادة كالمائة في الغنم ونحوها وهو قول بعض أصحاب الشافعي والأول أصح لأن العادة في ذلك تختلف وتتباين كثيراً إذ العمل يختلف باختلافه.

فصل: فيما تجوز إجارته

تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الأصل كالأرض والدار والعبد والبهيمة والثياب والفسطاط والحبال والخيام والمحامل والسرج والجام والسيف والرمح وأشباه ذلك وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز إجارته في مواضعه وتجوز إجارة الحلي نص عليه أحمد في رواية ابنه عبد الله وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن أحمد أنه قال في إجارة الحلي ما أدري ما هو؟ قال القاضي هو محمول على إجارته بأجرة من جنسه فأما بغير جنسه فلا بأس به لتصريح أحمد بجوازه، وقال مالك في إجارة الحلي والثياب ما هو من المشتبهات ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة وليس ذلك من المقاصد الأصلية ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتج له بأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة فيحصل الأجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر.

ولنا: إنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها فأشبهت سائر ما تجوز إجارته والزينة من المقاصد الأصلية فإن الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى: ﴿لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨] وقال تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾ [الأعراف: ٣٢] وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ما حرمه على الرجال لحاجتهن إلى التزين للأزواج وأسقط الزكاة على حليهن معونة لهن على اقتنائه وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح لأن ذلك يسير لا يقابل بعوض ولا يكاد يظهر في وزن ولو ظهر فالأجر في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الأجزاء لأن الأجر في الإجارة إنما هو عوض المنفعة كما في سائر المواضع ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب لما جاز إجارة أحد النقدين بالآخر لإفضائه إلى الفرق في معارضة أحدهما بالآخر قبل القبض والله أعلم.

فصل: وتجوز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلي في مدة معلومة وبه قال أبو حنيفة

وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والوجه الآخر أنها لا تجوز إجارتها لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها فأشبهت الشمع.

ولنا: إنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة فأشبهت الحلي وفارق الشمع فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه. إذا ثبت هذا: فإنه إن ذكر ما يستأجره له وعينه فحسن، وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب تصح الإجارة وينتفع بها فيما شاء منهما لأن منفعتهما في الإجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقاً فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها، وقال القاضي: لا تصح الإجارة وتكون قرضاً وهذا مذهب أبي حنيفة لأن الإجارة تقتضي الانتفاع والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير إنما هو بأعيانها فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد.

وقال أصحاب الشافعي: لا تصح الإجارة فلا تكون قرضاً لأن التحلي ينقصها والوزن لا ينقصها فقد اختلفت جهة الانتفاع فلم يجز إطلاقها ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض لأن القرض تمليك للغير والإجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر، ولأن التسمية والألفاظ تؤخذ نقلاً ولم يعهد في اللسان التعبير بالإجارة عن القرض وقول أبي الخطاب أصح إن شاء الله لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حمله على إجارتها للجهة التي تجوز إجارتها فيها وقول القاضي لا يصح لأن الإجارة إنما تقتضي انتفاعاً مع بقاء العين فلا تحمل على غير ذلك وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد فإن ذلك يسير لا أثر له فوجوده كعدمه.

فصل: ويجوز أن يستأجر شجراً ونخيلاً ليجفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بظلها ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان لما ذكروه في الأثمان.

ولنا: إنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك فكذلك إذا كانت ثابتة وذلك لأن الانتفاع يحصل بها على السواء في الحالتين فما جاز في إحداهما يجوز في الأخرى ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة، ولأنها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فجاز العقد عليها كما لو كانت مقطوعة ولأنها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها فجاز استئجارها لها كالحبال والخشب والشجر المقطوع.

فصل: ويجوز استئجار غنم لتدوس له طيناً أو زرعاً ولأصحاب الشافعي فيه وجهان لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان فأشبهت النخيل.

ولنا: إنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فأشبهت استئجار البقر لدياس الزرع.

فصل: ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وأقطاع الكافور والند لتشمه

المرضى وغيرهم مدة ثم يردها لأنها منفعة مباحة فأشبهت الوزن والتحلي مع أنه لا ينفك من إخلاق وبلى.

فصل: وتجوز إجارة الحائط ليضع عليها خشباً معلوماً مدة معلومة، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز.

ولنا: إن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها فجاز عقد الإجارة عليها كاستئجار السطح للنوم عليه.

فصل: ويجوز استئجار دار يتخذها مسجداً يصلي فيه. وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة: لا يصح. لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارة بحال فلا تجوز الإجارة لذلك.

ولنا: إن هذه منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى ويفارق الصلاة فإنها لا تدخلها النيابة بخلاف بناء المساجد.

فصل: وذكر ابن عقيل أنه يجوز استئجار البئر ليستقي منها أياماً معلومة لأن هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه وأما نفس الماء فيؤخذ على أصل الإباحة والله الموفق.

فصل: ويجوز استئجار الفهد والبازي والصقر للصيد في مدة معلومة لأن فيه نفعاً مباحاً تجوز إعارته له فجازت إجارته له كالدابة وتجوز إجارة كتب العلم التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها لما ذكرناه وتجوز إجارة درج فيه خط حسن يكتب عليه ويتمثل منه لذلك.

فصل: وما لا تجوز إجارته أقسام:

أحدها: ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالمطعوم والمشروب والشمع ليشعله، لأن الإجارة عقد على المنافع وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها فإن استأجر شمعة يسرجها ويرد بقيتها وثمن ما ذهب وأجر الباقي كان فاسداً لأنه يشمل بيعاً وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضاً فيفسد العقدان، ولو استأجر شمعاً ليتجمل به ويرده من غير أن يشعل منه شيئاً لم يجز لأن ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع فبذل المال فيه سفه وأخذه أكل مال بالباطل فلم يجز كما لو استأجر خبزاً لينظر إليه، وكذلك لو استأجر طعاماً ليتحمل به على مائدته ثم يرده لم يجز لما ذكرنا وهكذا سائر الأشياء، ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الرياحين كالورد والبنفسج والريحان الفارسي وأشباهه لشمها لأنها تتلف عن قرب فأشبهت المطعومات ولا يجوز استئجار الغنم ولا الإبل والبقر ليأخذ ابنها ولا ليسترضعها السخلة ونحوها ولا استئجارها ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئاً من عينها.

فصل: ولا تجوز إجارة الفحل للضراب، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر وخرج أبو الخطاب وجهاً في جوازه لأنه انتفاع مباح والحاجة تدعو إليه فجاز كإجارة الظئر والبئر ليستقى منها الماء ولأنها منفعة تستباح بالإعارة فتستباح بالإجارة كسائر المنافع وهذا مذهب الحسن وابن سيرين.

ولنا: «إن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل» متفق عليه وفي لفظ «نهى عن ضراب الجمل» ولأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين غائبة فلم يجز كإجارة الغنم لأخذ لبنها وهذا أولى فإن هذا الماء محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة والدم وهو مجهول فأشبه اللبن في الضرع، فأما من أجازه فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر وقيل يقع العقد على مدة وهذا بعيد لأن من أراد إطراق فرسه مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به وإن اقتصر على مقداره فربما لا يحصل الفعل فيه ويتعذر أيضاً ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل إلا أن يكتري فحلاً لإطراق ماشية كثيرة كفحل يتركه في إبله أو تيس في غنمه فإن هذا إنما يكترى مدة معلومة، والمذهب أنه لا يجوز إجارته فإن احتاج إنسان إلى ذلك ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذل الكراء وليس للمطرق أخذه، قال عطاء: لا يأخذ عليه شيئاً ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له، ولأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة إليها فجاز كشراء الأسير ورشوة الظالم ليدفع ظلمه، وإن أطرق إنسان فحله بغير إجارة ولا شرط فأهديت له هدية أو أكرم بكرامة لذلك فلا بأس به لأنه فعل معروفاً فجازت مجازاته عليه كما لو أهدى هدية.

فصل: **القسم الثاني**: ما منفعته محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء فلا يجوز الاستئجار لفعله وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور وكره ذلك الشعبي والنخعي لأنه محرم فلم يجز الاستئجار عليه كإجارة أمته للزنا، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحاً، وقال أبو حنيفة يجوز.

ولنا: إنه انتفاع بمحرم فأشبه ما ذكرنا، ولا يجوز الاستئجار على كتابة شعر محرم ولا بدعة ولا شيء محرم لذلك. ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها ولا على حمل خنزير ولا ميتة لذلك وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعي، وقال أبو حنيفة يجوز لأن العمل لا يتعين عليه بدليل أنه لو حمله مثله جاز ولأنه لو قصد إراقته أو طرح الميتة جاز.

وقد روي عن أحمد فيمن حمل خنزيراً أو ميتة أو خمراً لنصراني أكره أكل كرائه ولكن يقضي للجمال بالكراء فإذا كان لمسلم فهو أشهد. قال القاضي هذا محمول على أنه استأجره ليريقها فأما للشرب فمحذور ولا يحل أخذ الأجرة عليه وهذا التأويل بعيد لقوله أكره أكل كرائه وإذا كان لمسلم فهو أشد، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية لأنه استئجار لفعل محرم فلم يصح كالزنا ولأن النبي ﷺ لعن حاملها والمحمولة إليه. وقوله لا يتعين يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجداً، وأما حمل هذه لإراقتها والميتة لطرحها والاستئجار للكنف فجائز لأن ذلك

كله مباح وقد استأجر النبي ﷺ أبا ظبية لحجمه، وقال أحمد في رواية ابن منصور في الرجل يؤجر نفسه لنظارة كرم النصراني يكره ذلك لأن الأصل في ذلك راجع إلى الخمر.

فصل: ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف ويكره له أكل أجره لأن النبي ﷺ قال: «كسب الحجام خبيث» ونهى الحر عن أكله فهذا أولى، وقد روي عن ابن عباس أن رجلاً حج ثم أتاه فقال: إني رجل أكنس فما ترى في مكسبي؟ قال أي شيء تكنس؟ قال العذرة قال ومنه حججت ومنه تزوجت؟ قال نعم قال: «أنت خبيث وحجك خبيث وما تزوجت خبيث» أو نحو هذا ذكره سعيد بن منصور في سننه بمعناه ولأن فيه دناءة فكره كالحجامة فأما الإجارة في الجملة فجائزة لأن الحاجة داعية إليها فلا تندفع بدون إباحة الإجارة فوجب إباحتها كالحجامة.

فصل: ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر أو القمار وبه قال الجماعة، وقال أبو حنيفة: إن كان بيتك في السواد فلا بأس أن تؤجره لذلك وخالفه صاحباه واختلف أصحابه في تأويل قوله.

ولنا: إنه فعل محرم فلم تجز الإجارة عليه كإجارة عبده للفجور ولو اكترى ذمي من مسلم داره فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه، وبذلك قال الثوري، وقال أصحاب الرأي إن كان بيته في السواد والجبل فله أن يفعل ما شاء.

ولنا: إنه فعل محرم جاز المنع منه في المضر فجاز في السواد كقتل النفس المحرمة.

فصل: **القسم الثالث**: ما يحرم بيعه إلا الحر والوقف وأم الولد والمدبر فإنه يجوز إجارتها وإن حرم بيعها وما عدا ذلك فلا تجوز إجارته سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمل الناد والبهيمة الشاردة والمغصوب من غير غاصبه أو ممن لا يقدر على انتزاعه منه فإنه لا تجوز إجارته. لأنه لا يمكن تسليم العقود عليه وإن كان مما تجهل صفته فإنه لا تجوز إجارته في ظاهر المذهب أو كان ممن لا نفع فيه كسباع البهائم، أو الطير التي لا تصلح للاصطياد، ولا تجوز إجارة الكلب ولا الخنزير بحال ويتخرج جواز إجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه لأن فيه نفعاً مباحاً تجوز له إجارته فجازت إجارته له كغيره، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولا تجوز إجارة ما لا يقدر على تسليم منفعته سواء جاز بيعه أو لم يجز مثل أن يغصب منفعته بأن يدعي إنسان أن هذه الدار في إجارته عاماً ويغلب صاحبها عليها فإنه لا تجوز إجارتها في هذا العام إلا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه، قال أصحابنا ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريكان معاً، وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمغصوب وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه، واختار أبو حفص العكبري جواز ذلك، وقد أومأ إليه أحمد وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفروز ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً فجاز لأحدهما فعله في

نصيبه مفرداً كالبيع ، ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريكان أو أجره لشريكه بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر فأشبه إجارة المغصوب من غاصبه دون غيره، وإن كانت الدار لواحد فأجر نصفها صح لأنه يمكنه تسليمه ثم إن أجر نصفها الآخر للمستأجر الأول صح فإنه يمكنه تسليمه إليه وإن أجره لغيره ففيه وجهان بناء على المسألة التي قبلها لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه وإن أجر الدار لاثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه.

فصل: وفي إجارة المصحف وجهان:

أحدهما: لا تصح إجارته مبنياً على أنه لا يصح بيعه وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعاوضة به وابتذاله بالثمن في البيع والأجر في الإجارة.

والثاني: تجوز إجارته وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الإعارة من أجله فجازت فيه الإجارة كسائر الكتب فأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز إجارتها، ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارتها لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفاً لينظر إلى عمله وتصاويره أو شمعاً ليتجمل به.

ولنا: إنه انتفاع مباح يحتاج إليه وتجوز الإعارة له فجازت إجارته كسائر المنافع وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة إليه ولا جرت العادة بالإعارة من أجله وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب والتحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه.

فصل: ولا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته نص عليه أحمد في رواية الأثرم فقال: إن أجر نفسه من الذمي في خدمته لم يجز وإن كان في عمل شيء جاز وهذا أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر تجوز لأنه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة فجاز فيها كإجارته من المسلم.

ولنا: إنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله له واستخدامه أشبه البيع يحققه أن عقد الإجارة للخدمة يتعين فبه حبسه مدة الإجارة واستخدامه والبيع لا يتعين فيه ذلك فإذا منع منه فلأن يمنع من الإجارة أولى، فأما إن أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة كخياطة ثوب وقصارته جاز بغير خلاف نعلمه لأن علياً رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره وكذلك الأنصاري، ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم ولا استخدامه أشبه مبايعته وإن أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضاً في ظاهر كلام أحمد لقوله في رواية الأثرم وإن كان في عمل شيء جاز.

ونقل عنه أحمد بن سعيد: لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي وهذا مطلق في نوعي الإجارة وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك وأشار إلى ما رواه الأثرم واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم أشبه البيع والصحيح ما ذكرنا وكلام أحمد إنما يدل على خلاف ما

قاله فإنه خص المنع بالإجارة للخدمة وأجاز إجارته للعمل وهذا إجارة للعمل ويفارق البيع فإن فيه إثبات الملك على المسلم ويفارق إجارته للخدمة لتضمنها الإذلال.

فصل: نقل ابراهيم الحربي عن أحمد أنه سئل عن الرجل يكتري الديك يوقظه لوقت الصلاة لا يجوز وذلك لأن ذلك يقف على فعل الديك ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره وقد يصيح وقد لا يصيح وربما صاح بعد الوقت.

فصل: القسم الرابع: القرب التي يختص فاعلها بكونه من أهل القربة يعني أنه يشترط كونه مسلماً كالإمامة والأذان والحج وتعليم القرآن نص عليه أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس وأبو حنيفة والزهري وكره الزهري وإسحاق تعليم القرآن بأجر.

وقال عبد الله بن شقيق هذه الرغف التي يأخذها المعلمون من السحت، وممن كره أجرة التعليم مع الشرط الحسن وابن سيرين وطاوس والشعبي والنخعي. وعن أحمد رواية أخرى يجوز ذلك حكاها أبو الخطاب.

ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال: التعليم أحب إلي من أن يتوكل لهؤلاء السلاطين ومن أن يتوكل لرجل من عامة الناس في ضيعة ومن أن يستدين ويتجر لعله لا يقدر على الوفاء فيلقى الله تعالى بأمانات الناس، التعليم أحب إلي، وهذا يدل على أن منعه منه في موضع منعه للكراهة لا للتحريم.

وممن أجاز ذلك مالك والشافعي ورخص في أجور المعلمين أبو قلابة وأبو ثور وابن المنذر لأن رسول الله ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن متفق عليه وإذا جاز تعليم القرآن عوضاً في باب النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الأجرة عليه في الإجارة وقد قال رسول الله ﷺ: «أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله» حديث صحيح وثبت أن أبا سعيد رقى رجلاً بفاتحة الكتاب على جعل فبرأ وأخذ أصحابه الجعل فأتوا به رسول الله ﷺ فأخبروه وسألوه فقال: «لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا لي معكم بسهم» وإذا جاز أخذ الأجر لأنه في معناه ولأنه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال فجاز أخذ الأجر عليه كبناء المساجد والقناطر ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإنه يحتاج إلى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه الحج وعجز عن فعله ولا يكاد يوجد متبرع بذلك فيحتاج إلى بذل الأجر فيه.

ووجه الرواية الأولى ما روى عثمان بن أبي العاص قال: «إن آخر ما عهد النبي ﷺ أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً» قال الترمذي هذا حديث حسن، وروى عبادة بن الصامت قال: علمت ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة فأهدى إلي رجل منهم قوساً، قال قلت قوس وليست بمال قال قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك للنبي ﷺ وقص عليه القصة، قال: «إن سرك أن يقلدك الله قوساً من نار فاقبلها» وعن أبي بن كعب أنه علم رجلاً سورة من القرآن

فأهدى إليه خميصة[١] أو ثوباً فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار» وعن أبي قال كنت أختلف إلى رجل مسن قد أصابته علة قد احتبس في بيته اقرئه القرآن فكان عند فراغه مما أقرئه يقول للجارية له هلمي بطعام أخي فيؤتى بطعام لا آكل مثله بالمدينة فحاك في نفسي منه شيء فذكرته للنبي ﷺ فقال: «إن كان ذلك الطعام طعامه وطعام أهله فكل منه وإن كان يتحفك به فلا تأكله» وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اقرؤوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به» روى هذه الأحاديث كلها الأثرم في سننه، ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يجز أخذ الأجر عليها. كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه الجمعة أو التراويح، فأما الأخذ على الرقية فإن أحمد اختار جوازه وقال لا بأس، وذكر حديث أبي سعد والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداولة والمأخوذ عليها جعل والمداواة يباح أخذ الأجر عليها والجعالة أوسع من الإجارة، ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة، وقوله عليه السلام: «أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله» يعني به الجعل أيضاً في الرقية، لأنه ذكر ذلك أيضاً في سياق خبر الرقية وأما جعل التعليم صداقاً ففيه اختلاف وليس في الخبر تصريح بأن التعليم صداق إنما قال: «زوجتكها على ما معك من القرآن» فيحتمل أنه زوجه إياها بغير صداق إكراماً له كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه، ونقل عنه جوازه، والفرق بين المهر والأجر أن المهر ليس بعوض محض وإنما وجب نحلة ووصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده بخلاف الأجر في غيره فأما الرزق من بيت المال فيجوز على ما يتعدى نفعه من هذه الأمور لأن بيت المال لمصالح المسلمين فإذا كان بذله لمن يتعدى نفعه إلى المسلمين محتاجاً إليه كان من المصالح وكان للآخذ له أخذه لأنه من أهله وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح بخلاف الأجر.

فصل: فإن أعطى المعلم شيئاً من غير شرط فظاهر كلام أحمد جوازه، وقال فيما نقل عنه أيوب بن سافري لا يطلب ولا يشارط فإن أعطى شيئاً أخذه، وقال في رواية أحمد بن سعيد: أكره أجر المعلم إذا شرط، وقال إذا كان المعلم لا يشارط ولا يطلب من أحد شيئاً إن أتاه شيء قبله كأنه يراه أهون، وكره طائفة من أهل العلم لما تقدم من حديث القوس والخميصة اللتين أعطيهما أبي وعبادة من غير شرط، ولأن ذلك قربة فلم يجز أخذ العوض عنها لا بشرط ولا بغيره كالصلاة والصيام ووجه الأول قول النبي ﷺ: «ما أتاك من هذا المال من غير مسألة ولا إشراف نفس فخذه وتموله فإنه رزق ساقه الله إليك» وقد أرخص النبي ﷺ لأبي في أكل طعام الذي كان يعلمه إذا كان طعامه وطعام أهله، ولأنه إذا كان بغير شرط كان هبة مجردة فجاز كما لو لم يعلمه شيئاً فأما حديث القوس والخميصة فقضيتان في عين فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنهما فعلا ذلك لله خالصاً فكره أخذ العوض عنه من غير الله تعالى ويحتمل غير ذلك وإن أعطى المعلم أجراً على تعليم الصبي الخط وحفظه جاز نص عليه أحمد فقال. إن كان المعطي ينوي أن

(١) الخميصة: كساء أسود مربع له خطان مخالفان جميع لونه.

يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه فأرجو إذا كان كذا ولأن هذا مما يجوز أخذ الأجر عليه مفرداً فجاز مع غيره كسائر ما يجوز الاستئجار عليه، وهكذا لو كان إمام المسجد قيماً له يسرج قناديله ويكنسه ويغلق بابه ويفتحه فأخذ أجراً على خدمته أو كان النائب في الحج يخدم المستنيب له في طريق الحج ويشد له ويرفع حمله ويحج عن أبيه فدفع له أجراً لخدمته، لم يمتنع ذلك إن شاء الله تعالى.

فصل: وما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كتعليم الخط والحساب والشعر المباح وأشباهه وبناء المساجد والقناطر جاز أخذ الأجر عليه. لأنه يقع تارة قربة وتارة غير قربة فلم يمنع من الاستئجار لفعله كغرس الأشجار وبناء البيوت وكذلك في تعليم الفقه والحديث وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة كالصيام وصلاة الإنسان لنفسه، وحجه عن نفسه وأداء زكاة نفسه فلا يجوز أخذ الأجر عليها بغير خلاف. لأن الأجر عوض الانتفاع ولم يحصل لغيره ها هنا انتفاع فأشبه إجارة الأعيان التي لا نفع فيها.

فصل: إذا اختلفا في قدر الأجر فقال: أجرتنيها سنة بدينار قال: بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر. نص عليه أحمد. وهو قول الشافعي. لأن الإجارة نوع من البيع. فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله. وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد. وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه وهذا قول الشافعي وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل. وإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله. وقال أبو ثور: القول قول المستأجر. لأنه منكر للزيادة في الأجر والقول قول المنكر.

ولنا: إن الإجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما في عوضها كالبيع وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة، وقال ابن أبي موسى: القول قول المالك لقول النبي ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع» وهذا يحتمل أن يريد به إذا اختلفا في المدة. وأما إذا اختلفا في العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرناه.

فصل: وإن اختلفا في المدة فقال: أجرتكها سنة بدينار قال: بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك. لأنه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره كما لو قال بعتك هذا العبد بمائة قال: بل هذين العبدين، وإن قال أجرتكها سنة بدينار قال: بل سنتين بدينار، فها هنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة جميعاً فيتحالفان. لأنه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعوض فصار كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة. وإن قال المالك: أجرتكها سنة بدينار، فقال الساكن: بل استأجرتني على حفظها بدينار فقال أحمد: القول قول رب الدار إلا أن تكون للساكن بينة، وذلك لأن سكنى الدار قد وجد من الساكن واستيفاء منفعتها وهي ملك صاحبها، والقول قوله في ملكه والأصل عدم استئجار الساكن في الحفظ فكان القول قول من ينفيه.

فصل: وإن اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فالقول قول المستأجر. لأنه مؤتمن

عليها فأشبه المودع. ولأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان. وإن ادعى أن العبد أبق من يده وأن الدابة شردت أو نفقت وأنكر المؤجر فعن أحمد روايتان:

إحداهما: أن القول قول المستأجر لما ذكرنا ولا أجر عليه إذا حلف أنه ما انتفع بها لأن الأصل عدم الانتفاع.

والثانية: القول قول المؤجر. لأن الأصل السلامة. فأما إن ادعى أن العبد مرض في يده نظرنا فإن جاء به صحيحاً فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أو خالفه. نص عليه أحمد. وإن جاء به مريضاً فالقول قول المستأجر وهذا قول أبي حنيفة. لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادعى ما يخالف الأصل وليس معه دليل عليه، وإن جاء به مريضاً فقد وجد ما يخالف الأصل يقيناً فكان القول قوله في مدة المرض لأنه أعلم بذلك لكونه في يده، وكذلك إن ادعى إباقه في حال إباقه أو جاء به غير آبق.

ونقل إسحاق بن منصور عن أحمد: أنه يقبل قوله في إباق العبد دون مرضه وبه قال الثوري وإسحاق، قال أبو بكر: وبالأول أقول لأنهما سواء في تفويت منفعته فكانا سواء في دعوى ذلك. وإن هلكت العين فاختلفا في وقت هلاكها أو أبق العبد أو مرض فاختلفا في وقت ذلك فالقول قول المستأجر. لأن الأصل عدم العمل ولأن ذلك حصل في يده وهو أعلم به.

فصل: إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلا ذلك فلهما الأجر، وقال أصحاب الشافعي لا أجر لهما لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما فأشبه ما لو تبرعا بعمله.

ولنا: إن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد وكما لو دخل حماماً أو جلس في سفينة مع ملاح، ولأن شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض، فأما إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً إلا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فصار كما لو تبرع به أو عمله بغير إذن مالكه ولو دفع ثوباً إلى رجل ليبيعه فالحكم فيه كالحكم في القصار والخياط إن كان منتصباً يبيع للناس بأجر فله أجر مثله. نص عليه أحمد. وإن لم يكن كذلك فلا شيء لما تقدم، ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على أجر فله أجر المثل لأن الثياب تختلف أجرتها ولم يعين فجرى مجرى الإجارة الفاسدة فإن تلف الثوب من حرزه أو بغير فعله فلا ضمان عليه لأن ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يضمن في فاسده وإن تلف من فعله بتخريقه أو دقه ضمنه. لأنه إذا ضمنه بذلك في العقد الصحيح ففي الفاسد أولى، وقال أحمد فيمن دفع ثوباً إلى قصار ليقصره ولم يقطع له أجراً بل قال: أنا أعطيك كما تعطى وهلك الثوب. فإن كان بخرق أو نحوه مما لا تجنيه يده فلا ضمان عليه بين الكراء أو لم يبين، والعلة في ذلك ما ذكرناه.

فصل: إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى مكة أو غيرها إلى صاحب له فحمله فوجد

صاحبه غائباً فرده استحق الأجر بحمله في الذهاب والـرد لأنه حمله في الـذهاب بـإذن صاحبـه صريحاً وفي الرد تضميناً لأن تقدير كلامه وإن لم تجد صاحبه فرده إذ ليس سوى رده إلا تضييعه. فقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده والله أعلم.

كتـاب احيـاء المـوات

الموات هو الأرض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتاً وموتانــاً بفتح الميم والـواو والموتـان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ورجل موتان بفتح الميم وسكون الميم يعني أعمى القلب لا يفهم والأصل في إحياء الأرض ما روى جابر رضي الله عنه قـال: قال رسـول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» قال الترمذي هذا حديث صحيح، وروى سعيـد بن زيد أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضـاً ميتة فهي لـه وليس لعرق ظـالم حق» قال الـترمذي هـذا حديث حسن، وروى مالك في موطئه وأبو داود في سننه عن عائشة مثله. قال ابن عبد الـبر وهو مسنـد صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم، وروى أبو عبيـد في الأموال عن عـائشة قـالت: قال رسـول الله ﷺ: «من أحيا أرضـاً ليست لأحد فهـو أحق بها» قـال عروة قضى بـذلك عمـر بن الخـطاب رضي الله عنه في خـلافته وعـامة فقهـاء الأمصار عـلى أن الموات يملك بـالإحيـاء وإن اختلفوا في شروطه.

مسألة: قال أبو القاسم: (ومن أحيا أرضاً لم تملك فهي له).

وجملته: أن الموات قسمان.

أحدهما: ما لم يجر عليه ملك لأحد ولم يوجد فيه أثر عمارة فهذا يملك بالإحياء بغير خلاف بين القائلين بالإحياء والأخبار التي رويناها متناولة له.

القسم الثاني: ما جرى عليه ملك مالك وهو ثلاثة أنواع:

أحدها: ماله ما لك معين وهو ضربان:

أحـدهما: مـا ملك بشراء أو عـطيـة فهـذا لا يملك بـالإحيـاء بغـير خـلاف. وقـال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مـالك غـير منقطع أنـه لا يجوز إحيـاؤه لأحد غـير أربابه.

الثاني: ما ملك بالإحياء ثم ترك حتى دثر(١) وعاد مواتاً فهو كالذي قبله سواء، وقال مالك: يملك هذا لعموم قوله «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» ولأن أصل هذه الأرض مباح فإذا تركت حتى تصير مواتاً عادت إلى الإباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه.

ولنا: أن هذه أرض يعرف مالكها فلم تملك بالإحياء كالتي ملكت بشراء أو عطية، والخبر مقيد بغير المملوك بقوله في الرواية الأخرى «من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد» وقوله «في غير حق مسلم» وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه، وقال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام: «وليس لعرق ظالم حق» الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها، ذكره سعيد بن منصور في سننه ثم الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية فنقيس عليه محل النزاع. ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الأملاك إذا تركت حتى تشعثت وما ذكروه يبطل بالموات إذا أحياه إنسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتاً وباللقطة إذا ملكها ثم ضاعت منه ويخالف ماء النهر فإنه استهلك.

النوع الثاني: ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهلي كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوها فهذا يملك بالإحياء. لأن ذلك الملك لا حرمة له. وقد روي عن طاوس عن النبي ﷺ أنه قال: «عادي الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم» رواه سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الأموال وقال عادي الأرض: التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس وإنما نسبها إلى عاد لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة فنسب كل أثر قديم إليهم، ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الإسلام أنه لا يملك لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفاً بوقف عمر له فلم يملك كما لو علم مالكه.

النوع الثالث: ما جرى عليه الملك في الإسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الخرقي أنها لا تملك بالإحياء وهو إحدى الروايتين عن أحمد نقلها عنه ابو داود وأبو الحارث ويوسف بن موسى لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أحيا أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له» فقيده بكونه في غير حق مسلم. ولأن هذه الأرض لها مالك فلم يجز إحياؤها كما لو كان معيناً فإن مالكها إن كان له ورثة فهي لهم وإن لم يكن له ورثة ورثها المسلمون.

والرواية الثانية: أنها تملك بالإحياء، نقلها صالح وغيره وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لعموم الأخبار ولأنها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك، ولأنها إن كانت في دار الإسلام فهي كلقطة دار الإسلام وإن كانت في دار الكفر فهي كالركاز.

فصل: ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الإسلام لعموم الأخبار: ولأن عامر دار الحرب إنما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم فأما ما عرف أنه كان مملوكاً ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين. فإن قيل فهذا ملك كافر غير محترم فأشبه ديار عاد وقد دل عليه قوله

---

(١) دثر: قدم وطال عليه العهد.

عليه السلام: «عادي الأرض لله ولرسوله» ولأن الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى قلنا: قوله «عادي الأرض» يعني ما يقدم ملكه ومضت عليه الأزمان وما كان كذلك فلا حكم لمالكه. فأما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكاً باقياً. إن لم يتعين فلهذا قلنا: لا يملك على إحدى الروايتين، وأما الركاز فإنه ينقل ويحول وهذا بخلاف الأرض بدليل أن لقطة دار الإسلام تملك بعد التعريف بخلاف الأرض.

فصل: ولا فرق بين المسلم والذمي في الإحياء نص عليه أحمد وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقال مالك: لا يملك الذمي بالإحياء في دار الإسلام قال القاضي وهو مذهب جماعة من أصحابنا لقول النبي ﷺ: «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني» فجمع الموتان وجعله للمسلمين ولأن موتان الدار من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك.

ولنا: عموم قول النبي ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» ولأن هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمي كسائر جهاته وحديثهم لا نعرفه إنما نعرف قوله: «عادي الأرض لله ولرسوله ثم هو لكم بعد، ومن أحيا مواتاً من الأرض فله رقبتها» هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرسل رواه طاوس عن النبي ﷺ، ثم لا يمتنع أن يريد بقوله: «هي لكم» أي لأهل دار الإسلام والذمي من أهل الداز تجري عليه أحكامها، وقولهم إنها من حقوق الإسلام قلنا وهو من أهل الدار فيمتلكها كما يملكها بالشراء، ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة وهي من مرافق دار الإسلام.

فصل: وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز إحياؤه بغير خلاف في المذهب وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لا يملك بالإحياء ولا نعلم فيه أيضاً خلافاً بين أهل العلم، وكذلك حريم البئر والنهر والعين وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه لقوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له» مفهومه أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء ولأنه تابع للمملوك، ولو جوزنا إحياءه لبطل الملك في العامر على أهله، وذكر القاضي أن هذه المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء لكن هو أحق بها من غيره، لأن الإحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها، وقال الشافعي: يملك بذلك وهو ظاهر قول الخرقي في حريم البئر لأنه مكان استحقه بالإحياء فملكه كالمحيي، ولأن معنى الملك موجود فيه لأنه يدخل مع الدار في البيع ويختص به صاحبها، فأما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه ففيه روايتان:

إحداهما: يجوز إحياؤه، قال أحمد في رواية أبي الصقر في رجلين أحييا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة فجاء رجل ليحييها فليس لهما منعه، وقال في جبانة بين قريتين: من أحياها فهي له، وهذا مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» ولأن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة. ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز إحياؤه كالبعيد.

والرواية الثانية: لا يجوز إحياؤه، وبه قال أبو حنيفة والليث لأنه في مظنة تعلق المصلحة به فإنه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب في حائطه إلى فنائه ويجعله طريقاً أو يخرب حائطه فيضع آلات البناء في فنائه وغير ذلك ولم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد.

إذا ثبت هذا: فإنه لا حد يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف، وقال الليث: حده غلوة وهي خمس الفرسخ. وقال أبو حنيفة: حد البعيد هو الذي إذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه.

ولنا: أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع لذلك تحديد فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف كالقبض والإحراز. وقول من حدد هذا تحكم بغير دليل وليس ذلك أولى من تحديده بشيء آخر كميل ونصف ميل ونحو ذلك، وهذا التحديد الذي ذكراه ـ والله أعلم ـ مختص بما قرب من المصر أو القرية ولا يجوز أن يكون حداً لكل ما قرب من عامر لأنه يفضي إلى أن من أحيا أرضاً في موات حرم إحياء شيء من ذلك الموات على غيره ما لم يخرج عن ذلك الحد.

فصل: وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء المفتوح عنوة كأرض الشام والعراق وما أسلم عليه كالمدينة وما صولح أهله على أن الأرض للمسلمين كأرض خيبر إلا الذي صولح أهله على أن الأرض لهم ولنا الخراج عنها فإن أصحابنا قالوا لو دخل فيها مسلم فأحيا فيها مواتاً لم يملكه لأنهم صولحوا في بلادهم فلا يجوز التعرض لشيء منها عامراً كان أو مواتاً لأن الموات تابع للبلد فإذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته، ويفارق دار الحرب حيث يملك مواتها لأن دار الحرب على أصل الإباحة وهذه صالحناهم على تركها لهم فحرمت علينا، ويحتمل أن يملكها من أحياها لعموم الخبر، ولأنها من مباحات دارهم فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها كالحشيش والحطب، وقد روي عن أحمد أنه ليس في السواد موات يعني سواد العراق. قال القاضي: هذا محمول على العامر، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كله في زمن عمر بن الخطاب وحين أخذه المسلمون من الكفار حتى بلغنا أن رجلاً منهم سأل أن يعطى خربة فلم يجدوا له خربة فقال إنما أردت أن أعلمكم كيف أخذتموها منا، وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده لأن ما دثر من أملاك المسلمين لم يصر مواتاً على إحدى الروايتين.

فصل: وإن تحجر مواتاً وهو أن يشرع في إحيائه مثل أن أدار حول الأرض تراباً وأحجاراً أو حاطها بحائط لم يملكها بذلك لأن الملك بالإحياء وليس هذا إحياء لكن يصير أحق الناس به لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» رواه أبو داود فإن نقله إلى غيره صار الثاني بمنزلته لأن صاحبه أقامه مقامه، وإن مات فوارثه أحق به لقول النبي ﷺ: «من ترك حقاً أو مالاً فهو لورثته» فإن باعه لم يصح بيعه لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ به وكمن سبق إلى معدن أو مباح قبل أخذه. قال أبو الخطاب ويحتمل جواز بيعه لأنه له فإن سبق غيره فأحياه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يملكه لأن الإحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك بما يملك به دون ما لم يملك به كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء فجاء غيره فأزاله وأخذه.

والثاني: لا يملكه. لأن مفهوم قوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد ـ وقوله ـ في حق غير مسلم فهي له» أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق، وكذلك قوله «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» وروى سعيد في سننه أن عمر رضي الله عنه قال: «من كانت له أرض يعني من تحجر أرضاً فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها»، وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها لأن الثاني أحيا في حق غيره فلم يملكه كما لو أحيا ما يتعلق به مصالح ملك غيره، ولأن حق المتحجر أسبق فكان أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري، فإن طالت المدة عليه فينبغي أن يقول له السلطان إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع، فإن سأل الإمهال لعذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك. فإن أحياه غيره في مدة المهلة ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما، وإن نقصت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له السلطان في عمارتها أو لم يأذن له، وإن لم يكن للمتحجر عذر في ترك العمارة قيل له إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها فإن لم يقل له شيئاً واستمر تعطيلها فقد ذكرنا عن عمر رضي الله عنه عنه أن من تحجر أرضاً فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها، ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا.

فصل: وللإمام إقطاع الموات لمن يحييه فيكون بمنزلة المتحجر الشارع في الإحياء لما روي «أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع فلما كان عمر قال لبلال إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه عن الناس إنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي» رواه أبو عبيد في الأموال، وذكر سعيد في سننه حدثنا عبد العزيز بن محمد عن ربيعة قال سمعت الحارث بن بلال بن الحارث يقول إن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق، فلما ولى عمر بن الخطاب قال ما أقطعك لتحتجنه فأقطعه الناس، وروى علقمة بن وائل عن أبيه أن النبي ﷺ أقطعه أرضاً بحضرموت، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح. وقال سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب «أن رسول الله ﷺ أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ إلى عمر بن الخطاب فقال عمر: لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردها، ثم قال عمر رضي الله عنه: من كانت له أرض يعني من تحجر أرضاً فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها».

مسألة: قال: (إلا أن تكون أرض ملح أو ماء للمسلمين فيه المنفعة فلا يجوز أن ينفرد بها الإنسان).

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة وهي التي يوصل إلى ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير[١] والمومياء والنفط والكحل والبرام[٢] والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لا تملك بالإحياء ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم، ولأن النبي ﷺ أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فلما قيل له إنه بمنزلة الماء العد[٣] رده، كذا قال أحمد. وروى أبو عبيد وأبو داود والترمذي بإسنادهم عن أبيض بن حمال أنه استقطع رسول الله ﷺ الملح بمأرب فلما ولى قيل يا رسول الله ﷺ أتدري ما أقطعت له؟ إنما أقطعت له الماء العد فرجعه منه، قال قلت يا رسول الله ما يحمى من الأراك؟ قال: «ما لم تنله أخفاف الإبل» وهو حديث غريب، وروي في لفظ عنه أنه قال: «لا حمى في الأراك» ورواه سعيد فقال حدثني اسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال استقطعت رسول الله ﷺ معدن الملح بمأرب فأقطعنيه، فقيل يا رسول الله إنه بمنزلة الماء العد يعني أنه لا ينقطع فقال رسول الله ﷺ: «فلا إذن» ولأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة فلم يجز إحياؤه ولا إقطاعه كمشارع الماء وطرقات المسلمين، وقال ابن عقيل: هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس فإن أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الموضع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً.

فصل: فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبللور والفيروزج فإذا كانت ظاهرة لم تملك أيضاً بالإحياء لما ذكرنا في التي قبلها، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان وأظهرها لم تملك بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعي، ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعي لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة فملك بالإحياء كالأرض ولأنه بإظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل فأشبه الأرض إذا جاءها بماء أو حاطها، ووجه الأول أن الإحياء الذي يملك به هو العمارة التي تهيأ بها المحيي للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريبه يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع، فإن قيل فلو احتفر بئراً ملكها وملك حريمها. قلنا: البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا. قال أصحابنا: وليس للإمام إقطاعها. لأنها لا تملك بالإحياء والصحيح جواز ذلك «لأن النبي ﷺ أقطع لبلال بن الحارث معادن القبلية جلسيها وغوريها»[١].

فصل: ومن أحيا أرضاً فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ظاهراً كان أو باطناً إذا

---

(١) القير: الزفت، المومياء: الآثار.
(٢) نوع من الحجارة رخو.
(٣) الماء العد: الجاري.
(١) جليسها: نسبة إلى الجلس وهو الغليظ من الأرض وغوريها: نسبة إلى الغور وهو ما انخفض من الأرض.

كان من المعادن الجامدة لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها لأنه قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلاً إليهم ومنعهم انتفاعاً كان لهم وها هنا لم يقطع عنهم شيئاً لأنه إنما ظهر بإظهاره لـه، ولو تحجر الأرض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها لكان له إحياؤها ويملكها بما فيها لأنـه صار أحق به بتحجره وإقطاعه فلم يمنع من إتمام حقه.

وأما المعادن الجارية كالقار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت في ملكه؟ فيه روايتان.

أظهرهما: لا يملكها لقول النبي ﷺ «الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار» رواه الخلال، ولأنها ليست من أجزاء الأرض فلم يملكها بملك الأرض كالكنز.

والثانية: يملكها لأنها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة.

فصل: ولو شرع إنسان في حفر معدن ولم يصل إلى النيل صار أحق به كالمتحجر الشارع في الإحياء فإذا وصل إلى النيل صار أحق بالأخـذ منه مـا دام مقيماً عـلى الأخذ منـه وهل يملكـه بذلك؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل، وإن حفر آخر من نـاحية أخـرى لم يكن له منعـه، وإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن له منعه سواء قلنا إن المعـدن يملك بحفره أو لم نقـل لأنه إن ملكـه فإنمـا يملك المكان الذي حفره وأما العرق الذي في الأرض فلا يملكه بذلك، ومن وصل إليه من جهة أخرى فله أخذه ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن أرضـه فحفر إنسـان من خارج أرضه كان له أن يأخـذ ما خـرج عن أرضه منـه لأنه لم يملكـه إنما ملك مـا هو من أجـزاء أرضه وليس لأحد أن يأخذ ما كان داخلاً في أرضه من أجزاء الأرض الباطنة كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة، ولو حفر كافر في دار الحرب معدناً فوصل إلى النيل ثم فتحهـا المسلمون عنـوة لم تصر غنيمة وكان وجود عمله وعدمه واحداً لأن عـامره لم يملكـه بذلـك ولو ملكـه فإن الأرض كلهـا تصير وقفاً للمسلمين وهذا ينصرف إلى مصلحة من مصالحهم فتعـين لها كـما لو ظهـر بفعل الله تعالى.

فصل: ولو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدناً ظاهراً كموضع على شاطىء البحر إذا صار فيه ماء البحر صار ملحاً ملك بالإحياء وجاز لـلإمام إقـطاعه لأنـه لا يضيق على المسلمين بإحداثه، بل يحدث نفعه بفعله فلم يمنع منه كبقية الموات وإحياء هذا بتهيئته لما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده وفتح قناة إليه تصب الماء فيه لأنه يتهيأ بهذا الانتفاع به.

فصل: ومن ملك معدنـاً فعمل فيـه غيره بغـير إذنه فـما حصل منـه فهو لمـالكه ولا أجـر للغاصب على عمله لأنه عمل في ملك غـيره بغير إذنـه أشبه مـا لو حصـد زرع غيره، وإن قـال مالكه: اعمل فيه ولك ما يخرج منه فله ذلك ولا شيء لصاحب المعدن فيه لأنه إباحة من مالكه فملك ما أخذه كما لو أباحه الأخذ من داره أو بستانه، وإن قال: اعمل فيه على أن ما رزق الله من نيل كان بيننا نصفين فعمل ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال له احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولأنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة في الأثمان.

والثاني: لا يصح. لأن ما يحصل منه مجهول، ولأنه لا يصح أن يكون إجارة لأن العوض مجهول والعمل مجهول ولا جعالة لأن العوض مجهول ولا مضاربة لأن المضاربة إنما تصح بالأثمان على أن يرد رأس المال وتكون له حصة من الربح وليس ذلك ها هنا وفارق حصاد الزرع بنصفه أو جزء منه لأن الزرع معلوم بالمشاهدة وما علم جميعه علم جزؤه بخلاف هذا، وإن قال اعمل فيه كذا ولك ما يحصل منه بشرط أن تعطيني ألفاً أو شيئاً معلوماً لم يصح. لأنه بيع لمجهول ولا يصح أن يكون معاملة كالمضاربة لما ذكرنا، ولأن المضاربة تكون بجزء من النماء لا دراهم معلومة، قال أحمد: إذا أخذ معدناً من قوم على أن يعمره ويعمل فيه ويعطيهم ألفي مناً وألف مناً[1] صفراً فذلك الكروه ولم يرخص فيه والله الموفق.

فصل: إذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع في دور كذا بدينار صح لأنها إجارة معلومة وإن ظهر عرق ذهب فقال استأجرتك لتخرجه بدينار لم يصح لأن العمل مجهول، وإن قال: إن استخرجته فلك دينار صح ويكون جعالة لأن الجعالة تصح على عمل مجهول إذا كان العوض معلوماً.

فصل: ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن فهو أحق بما ينال منه لقول النبي ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له» فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره منع منه لأنه يضيق على الناس ما لا نفع فيه فأشبه ما لو وقف في مشرعة الماء لغير حاجة، وإن أطال المقام والأخذ احتمل أن يمنع لأنه يصير كالتملك له واحتمل أن لا يمنع لإطلاق الحديث، وإن استبق إليه اثنان وضاق المكان عنهما أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه، ويحتمل أن يقسم بينهما لأنه يمكن قسمته وقد تساويا فيه فيقسم بينهما كما لو تداعيا عيناً في أيديهما ولا بينة لأحدهما بها ويحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما لأنه له نظراً، وذكر القاضي وجهاً رابعاً وهو أن الإمام ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما وهذا التفصيل مذهب الشافعي.

فصل: وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالإحياء. قال أحمد في رواية العباس بن موسى: إذا نضب الماء عن جزيرة إلى فناء رجل لم يبن فيها لأن فيه ضرراً وهو أن الماء يرجع يعني أنه يرجع إلى ذلك المكان فإذا وجده مبنياً رجع إلى الجانب الآخر فأضر بأهله ولأن الجزائر منبت الكلأ والحطب فجرت مجرى المعادن الظاهرة، وقد قال النبي ﷺ: «لا حمى في الأراك» وقال أحمد في رواية حرب: يروى عن عمر أنه أباح الجزائر يعني أباح ما ينبت في الجزائر من النبات وقال: إذا نضب الفرات عن شيء ثم نبت عن نبات فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك فأما إن غلب الماء على ملك إنسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه فلا يزول ملكه بغلبة الماء

---

(١) المنا: كيل أو وزن، والصفر: النحاس.

عليه، وإن كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لا ترد الماء مثل أن يجعله مزرعة فهو أحق به من غيره لأنه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق فأشبه التحجر في الموات.

فصل: وما كان من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران فليس لأحد إحياؤه سواء كان واسعاً أو ضيقاً وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصلحتهم فأشبه مساجدهم، ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاجتياز قال أحمد في السابق إلى دكاكين السوق غدوة فهو له إلى الليل وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى، وقد قال النبي ﷺ: «منى مناخ من سبق» وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية[1] وتابوت وكساء ونحوه، لأن الحاجة تدعو إليه من غير مضرة فيه، وليس له البناء لا دكة ولا غيرها لأنه يضيق على الناس ويعثر به المارة بالليل والضرير في الليل والنهار، ويبقى على الدوام فربما ادعى ملكه بسبب ذلك والسابق أحق به ما دام فيه فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره إزالته لأن يد الأول عليه، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأن يده قد زالت، وإن قعد وأطال منع من ذلك لأنه يصير كالمتملك ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه، ويحتمل أن لا يزال لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، وإن استبق اثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما، وإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه ولا يحل للإمام تمكينه بعوض ولا غيره، قال أحمد: ما كان ينبغي لنا أن نشتري من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق، قال القاضي: هذا محمول على أن الطريق ضيق أو يكون يؤذي المارة لما تقدم ذكرنا له وقال لا يعجبني الطحن في العروب إذا كانت في طريق الناس وهي السفن التي يطحن فيها في الماء الجاري، إنما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة في الماء قال أحمد: ربما غرقت السفن فأرى للرجل أن يتوقى الشراء مما يطحن بها.

فصل: في القطائع

وهي ضربان:

أحدهما: إقطاع إرفاق وذلك إقطاع مقاعد السوق والطرق الواسعة ورحاب المساجد التي ذكرنا أن للسابق إليها الجلوس فللإمام إقطاعها لمن يجلس فيها لأن له في ذلك اجتهاداً من حيث إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارة فكان للإمام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه، ولا يملكها المقطع بذلك بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره بمنزلة السابق إليها من غير إقطاع سواء إلا في شيء واحد وهو أن السابق إذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها لأن استحقاقه لها بسبقه إليها ومقامه فيها فإذا انتقل عنها زال استحقاقه لزوال المعنى الذي استحق به وهذا استحق بإقطاع الإمام فلا يزول حقه بنقل متاعه ولا يضره الجلوس فيه،

---

(١) البارية: الحصير المنسوج.

وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس بناء ومنعه من البناء ومنعه إذا طال مقامه حكم السابق على ما أسلفناه.

الثاني: إقطاع موات من الأرض لمن يحييها فيجوز ذلك لما روى وائل بن حجر «أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضاً فأرسل معاوية أن أعطه إياه أو أعلمه إياه» حديث صحيح، وأقطع بلال بن الحارث المزني وأبيض بن حمال المأربي، وأقطع الزبير حضر فرسه[1] فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال: «اعطوه من حيث وقع السوط» رواه سعيد وأبو داود، وذكر البخاري عن أنس قال: دعا رسول الله ﷺ الأنصار ليقطع لهم بالبحرين فقالوا يا رسول الله إن فعلت فاكتب لإخواننا من قريش بمثلها، وروي أن أبا بكر أقطع طلحة بن عبيد الله أرضاً، وأن عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبي ﷺ الزبير وسعداً وابن مسعود وأسامة بن زيد وخباب بن الأرت، ويروى عن نافع أبي عبد الله أنه قال لعمر إن قبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين فإن رأيت أن تقطعنيها أتخذ فيها قصيلاً[2] لخيلي فافعل قال فكتب عمر إلى أبي موسى إن كانت كما يقول فأقطعها إياه روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الأموال، وروى سعيد عن سفيان عن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً.

إذا ثبت هذا: فإن من أقطعه الإمام شيئاً من الموات لم يملكه بذلك لكن يصير أحق به كالمتحجر الشارع في الإحياء بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث حيث استرجع عمر منه ما عجز عن إحيائه من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ ولو ملكه لم يجز استرجاعه ورد عمر أيضاً قطيعة أبي بكر لعيينة بن حصن فسأل عيينة أبا بكر أن يجدد له كتاباً فقال والله لا أجدد شيئاً رده عمر؛ رواه أبو عبيد، لكن المقطع يصير أحق به من سائر الناس وأولى بإحيائه فإن أحياه وإلا قال له السلطان إن أحييته وإلا فارفع يدك عنه كما قال عمر لبلال بن الحارث المزني إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحجبه دون الناس وإنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي، وإن طلب المهلة لعذر أمهل بقدر ذلك، وإن طلبها لغير عذر لم يمهل على ما ذكرنا في المتحجر، وإن سبق غيره فأحياه قبل أن يقال له شيء أو في مدة المهلة فهل يملكه؟ على وجهين.

وقد روي عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً فعطلوها فجاء قوم فأحيوها فخاصمهم الذين أقطعهم رسول الله ﷺ إلى عمر رضي الله عنه فقال عمر: لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أردها ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ فأنا أردها فدل هذا على أنها إذا كانت قطيعة من غير رسول الله ﷺ فهي لمن أحياها.

---

(١) حضر فرسه: جرية سريعة لفرسه.
(٢) القصيل: النبات الذي لا ثمر فيه.

والثاني: لا يملكه. لأنه تعلق به حق المقطع ومفهوم قوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له» أنه إذا تعلق بها حق مسلم لم يجز إحياؤها، وقد ذكرنا الوجهين في المتحجر، وهذا مثله، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كنحو ما ذكرنا.

فصل: وليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياؤه من المعادن الظاهرة لأن النبي ﷺ لما استقطعه أبيض بن حمال الملح الذي بمأرب فقيل يا رسول الله إنما أقطعته الماء العد فأرجعه منه ولأن في ذلك تضييقاً على المسلمين، وفي إقطاع المعادن الباطنة وجهان ذكرناهما فيما مضى.

فصل: ولا ينبغي أن يقطع الإمام أحداً من الموات إلا ما يمكنه إحياؤه لأن في إقطاعه أكثر من ذلك تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم بما لا فائدة فيه فإن فعل ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه منه كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ.

فصل: في الحمى ومعناه أن يحمي أرضاً من الموات يمنع الناس رعي ما فيها من الكلأ ليختص بها دونهم وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من إذا انتجع بلداً أوفى بكلب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه فنهى رسول الله ﷺ عنه لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق.

وروى الصعب بن جثامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا حمى إلا لله ولرسوله» رواه أبو داود وقال: «الناس شركاء في ثلاث: الماء والنار والكلأ» رواه الخلال. وليس لأحد من الناس سوى الأئمة أن يحمي لما ذكرنا من الخبر والمعنى، فأما النبي ﷺ فكان له أن يحمي لنفسه وللمسلمين لقوله في الخبر «لا حمى إلا لله ولرسوله» لكنه لم يحم لنفسه شيئاً وإنما حمى للمسلمين فقد روى ابن عمر قال: «حمى النبي ﷺ النقيع لخيل المسلمين» رواه أبو عبيد والنقيع بالنون موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان ما يصير فيه من الماء، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئاً ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وضوال الناس التي يقوم الإمام بحفظها وماشية الضعيف من الناس على وجه لا يستضر به من سواه من الناس، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في صحيح قوليه، وقال في الآخر ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي لقوله «لا حمى إلا لله ولرسوله».

ولنا: أن عمر وعثمان حميا واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر عليهما فكان إجماعاً وروى أبو عبيد بإسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير أحسبه عن أبيه قال أتى أعرابي عمر فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام علام تحميها، فأطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربه ـ وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ ـ فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك، فقال عمر: المال مال الله والعباد عباد الله، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت شبراً من الأرض في شبر وقال مالك بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفاً من

الظهر. وعن أسلم قال: سمعت عمر يقول لهني حين استعمله على حمى الربذة يا هني اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة، وأدخل رب الصريمة والغنيمة ودعني من نعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنهما إن هلكت ماشيتهما رجعا إلى نخل وزرع وإن هذا المسكين إن هلكت ماشيته جاء يصرخ يا أمير المؤمنين فالكلأ أهون علي أم غرم الذهب والورق إنها أرضهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام وإنهم ليرون أنا نظلمهم ولولا النعم التي يحمل عليها في سبيل الله ما حميت على الناس من بلادهم شيئاً أبداً، وهذا إجماع منهم، ولأن ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام رسول الله ﷺ وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما أطعم الله لنبي طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده» وأما الخبر فمخصوص وأما حماه لنفسه فيفارق حمى النبي ﷺ لنفسه لأن صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين وماله كان يرده في المسلمين ففارق الأئمة في ذلك وساووه فيما كان صلاح المسلمين وليس لهم أن يحموا إلا قدراً لا يضيق به على المسلمين ويضربهم لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى وليس من المصلحة إدخال الضرر على أكثر الناس.

فصل: وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة إليه، ومن أحيا منه شيئاً لم يملكه، وإن زالت الحاجة إليه ففيه وجهان. وما حماه غيره من الأئمة فغيره هو أو غيره من الأئمة جاز، وإن أحياه إنسان ملكه في أحد الوجهين لأن حمى الأئمة اجتهاد وملك الأرض بالإحياء نص، والنص يقدم على الاجتهاد (والوجه الآخر) لا يملكه لأن اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه، ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما قلنا والله أعلم.

فصل: في أحكام المياه

قد ذكرنا في البيع حكم ملكها وبيعها، ونذكر ها هنا حكم السقي بها فنقول لا يخلو الماء من حالين: إما أن يكون جارياً أو واقفاً فإن كان جارياً فهو ضربان:

أحدهما: أن يكون في نهر غير مملوك وهو قسمان:

أحدهما: أن يكون نهراً عظيماً كالنيل والفرات ودجلة وما أشبهها من الأنهار العظيمة التي لا يستضر أحد بسقيه منها فهذا لا تزاحم فيه ولكل أحد أن يسقي منها ما شاء متى شاء وكيف شاء.

القسم الثاني: أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الأرض الشاربة منه فإنه يبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ إلى الكعب ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع كذلك وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي كلها، فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عمن يليهم فلا شيء للباقين لأنه ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة في الميراث وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً، والأصل في هذا ما روى عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النبي ﷺ فقال ﷺ: «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصاري وقال يا

رسول الله ﷺ إن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» قال الزبير فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥] متفق عليه ورواه مالك في موطئه عن الزهري عن عروة عن عبد الله بن الزبير، وذكر عنه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال نظرنا في قول النبي ﷺ «ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر» فكان ذلك إلى الكعبين قال أبو عبيد: الشراج جمع شرج والشرج نهر صغير والحرة أرض ملتبسة بحجارة سود والجدر الجدار، وإنما أمر النبي ﷺ الزبير أن يسقي ثم يرسل الماء تسهيلاً على غيره فلما قال الأنصاري ما قال استوعى النبي ﷺ الزبير حقه. وروى مالك في الموطأ أيضاً عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذينيب يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل. قال ابن عبد البر هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة معمول به عندهم. قال عبد الملك بن حبيب مهزور ومذينيب واديان من أودية المدينة يسيلان بالمطر وتتنافس أهل الحوائط في سيلهما، وروى أبو داود بإسناده عن ثعلبة بن أبي مالك أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلاً من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله ﷺ في سيل مهزور والسيل الذي يقتسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله ﷺ أن الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى على الأسفل ولأن من أرضه قريبة من فوهة النهر أسبق إلى الماء فكان أولى به كمن سبق إلى المشرعة، فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها مستعلية ومنها مستغلة سقى كل واحدة منها على حدتها، وإن استوى اثنان في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما إن أمكن وإن لم يمكن أقرع بينهما فقدم من تقع له القرعة فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر وليس له أن يسقي بجميع الماء لأن الآخر يساويه في استحقاق الماء وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى، فإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض لأن الزائد من أرض أحدهما مساو في القرب فاستحق جزءاً من الماء كما لو كان لشخص ثالث، وإن كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سيل وجاء إنسان ليحيي مواتاً أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقي قبلهم لأنهم أسبق إلى النهر منه. ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومرافقها ولا يملك غيره إبطال حقوقها وهذا من حقوقها، وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس لهم منعه لأن حقهم في النهر لا في الموات.

والثاني: لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقهم من السقي لتقديمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان وجهل الحال، فإذا قلنا ليس لهم منعه فسبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيا في أسفله مواتاً ثم أحيا آخر فوقه ثم أحيا ثالث فوق الثاني كان للأسفل السقي أولاً ثم الثاني ثم الثالث ويقدم السبق إلى الإحياء على السبق إلى أول النهر لما ذكرنا.

فصل: الضرب الثاني الماء الجاري في نهر مملوك وهو أيضاً قسمان:

أحدهما: أن يكون الماء مباح الأصل مثل أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتصل بنهر كبير مباح فما لم يتصل الحفر لا يملكه وإنما هو تحجر وشروع في الإحياء فإذا اتصل الحفر كمل الإحياء وملكه لأن الملك بالإحياء أن تنتهي العمارة إلى قصدها بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها وهذا كذلك وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجر لأن الإحياء يحصل بأن يهيئه للانتفاع به دون حصول المنفعة فيصير مالكاً لقرار النهر وحافتيه، وهواؤه حق له وكذلك حريمه وهو ملقى الطين من كل جانب، وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر وإنما هو حق من حقوق الملك وكذلك حريم البئر. وهذا مذهب الشافعي. وظاهر قول الخرقي أنه مملوك لصاحبه لقول رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً لم تملك فيه له» وإحياؤها أن يحوط عليها حائطاً أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حواليها وحريم النهر يجب أن يكون كذلك.

فإذا تقرر هذا فكان النهر لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة لأنه إنما ملك بالعمارة والعمارة بالنفقة، فإن كفى جميعهم فلا كلام وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهايأة أو غيرها جاز لأنه حقهم لا يخرج عنهم وإن تشاحوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك، فتؤخذ خشبة صلبة أو حجر واحد مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض في مقدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسم على قدر ذلك. فإذا كان لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة نصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد، وإن كان لواحد الخمسان والباقي لاثنين يتساويان فيه جعل عشرة ثقوب لصاحب الخمسين أربعة نصب في ساقيته ولكل واحد من الآخرين ثلاثة نصب في ساقية له فإن كان النهر لعشرة لخمسة منهم أراض قريبة من أول النهر ولخمسة أراض بعيدة جعل لأصحاب القريبة ثقوب لكل واحد ثقب وجعل للباقين خمسة تجري في النهر حتى تصل إلى أرضهم ثم تقسم بينهم قسمة أخرى، وإن أراد أحدهم أن يجري ماءه في ساقية غيره ليقاسمه في موضع آخر لم يجز إلا برضاه لأنه يتصرف في ساقيته ويخرب حافتها بغير إذنه. ويخلط حقه بحق غيره على وجه لا يتميز فلم يجز ذلك، ويجيء على قولنا: إن الماء لا يملك أن حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهر غير مملوك، وأن الأسبق أحق بالسقي منه. ثم الذي يليه على ما ذكرنا، لأنه غير مملوك فكان الأسبق إليه أحق به. كما لو كان في نهر غير مملوك، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا، والله أعلم.

فصل: وإذا حصل نصيب إنسان في ساقية. فله أن يسقي به ما شاء من الأرض سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن. وله أن يعطيه من يسقي به، وقال القاضي وأصحاب الشافعي: ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب في هذا الماء. لأن ذلك دال على أن لها قسماً من هذا الماء فربما جعل سقيها منه دليلاً على استحقاقها لذلك. فيستضر الشركاء. ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ. ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق

لظهر داره الأولى. فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى. لم يجز لأنه يجعل لنفسه استطراقاً من كل واحدة من الدارين.

ولنا: أن هذا ماء انفرد باستحقاقه. فكان له أن يسقي منه ما شاء. كما لو انفرد به من أصله: ولا نسلم ما ذكروه في الدارين، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها درب آخر مشترك لأن الظاهر أن لكل دار سكاناً فيجعل لسكان كل واحدة منها استطراقاً إلى درب غير نافذ لم يكن لهم حق في استطراقه. وها هنا إنما يسقي من ساقيته المفردة التي لا يشاركه غيره فيها. فلو صار لتلك الأرض رسم من الشرب من ساقيته لم يتضرر بذلك أحد، ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضاً لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر. فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها، وإن كان الدولاب يغرف من نهر غير مملوك جاز أن يسقي بنصيبه من الماء أرضاً لا رسم لها في الشرب منه بغير خلاف نعلمه. فإن ضاق الماء قدم الأسبق فالأسبق على ما مضى.

فصل: ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب من إجراء غير هذا الماء فيها أو عمل رحى عليها أو دولاب أو عبارة وهي خشبة تمد على طرفي النهر أو قنطرة يعبر الماء فيها. وغير ذلك من التصرفات. لأنها ملكه لا حق لغيره فيها. فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لأنه يتصرف في النهر المشترك، وفي حريمه بغير إذن شركائه، وقال القاضي: في العبارة هذا ينبني على الروايتين. فيمن أراد أن يجري ماءه في أرض غيره، والصحيح أنه لا يجوز ها هنا، ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره لأن إجراء الماء في أرض ينفع صاحبها، لأنه يسقي عروق شجره ويشربه أولاً وآخراً. وهذا لا ينفع النهر بل ربما أفسد حافته ولم يسق له شيئاً، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئاً يسقي به أرضاً في أول النهر أو غيره أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجز لأنهم صاروا أحق بالماء الجاري في نهرهم من غيرهم ولأن الأخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره أو المشترك بينه وبين غيره، ولو فاض ماء هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح كالطائر يعشش في ملك إنسان وهذا كله مذهب الشافعي فيه نحو مما ذكرنا.

فصل: وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوماً مثل أن يجعلوا لكل حصة يوماً وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل وإن قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز، وإن قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مثقوبة تترك في الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامة كانت ساعة وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين أو زجاجة فيها رمل ينزل من أعلاها إلى أسفلها في ساعة أو ساعتين ثم يقلبها فيعود الرمل إلى الموضع الذي كان فيه في مثل ذلك المقدار أو بميزان الشمس الذي تعرف به ساعات النهار أو بمنازل القمر في الليل ونحو ذلك جاز فإذا حصل الماء لأحدهم في نوبته فأراد أن يسقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا أو يؤثر به إنساناً أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف في حافة النهر جاز، وعلى قول

القاضي وأصحاب الشافعي ينبغي أن لا يجوز لما تقدم في مثل ذلك، وإن أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائه ماء له آخر يسقي به أرضه التي لها رسم شرب من هذا النهر أو أرضاً له أخرى أو سأله إنسان أن يجري ماء له مع مائه في هذا النهر ليقاسمه إياه في موضع آخر على وجه لا يضر بالنهر ولا بأحد جاز ذلك في قياس قول أصحابنا فإنهم قالوا فيمن استأجر أرضاً جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور إذا كان فيها ولأنه مستحق لنفع النهر في نوبته بإجراء الماء فأشبه ما لو استأجرها لذلك.

فصل: القسم الثاني: أن يكون منبع الماء مملوكاً مثل أن يشترك جماعة في استنباط عين وإجرائها فإنهم يملكونها أيضاً لأن ذلك إحياء لها ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها وعملوا فيها كما ذكرنا في القسم الذي قبل هذا إلا أن الماء غير مملوك ثم، لأنه مباح دخل ملكه فأشبه ما لو دخل صيد بستانه، وها هنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضاً وقد ذكرنا ذلك، وعلى كل حال فلكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه وينتفع به في أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه من غير إذنه إذا لم يدخل إليه في مكان محوط عليه، ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم: رجل كان بفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل» رواه البخاري، وعن بهية عن أبيها أنه قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: «الماء» قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: «الملح» قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: «أن تفعل الخير خير لك» رواه أبو داود ولأن ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر، فأما ما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة ونحو ذلك فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذله لذلك وإن لم يفضل لم يلزمه وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع.

فصل: إذا كان النهر أو الساقية مشتركاً بين جماعة فإن أرادوا إكراءه أو سد بثق فيه أو إصلاح حائطه أو شيء منه كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكل في إكرائه وإصلاحه إلى أن يصلوا إلى الأول ثم لا شيء على الأول ويشترك الباقون حتى يصلوا إلى الثاني ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شيء، وبهذا قال الشافعي، وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يشترك جميعهم في إكرائه كله لأنهم ينتفون بجميعه فإن ما جاوز الأول مصب لمائه وإن لم يسق أرضه.

ولنا: أن الأول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى مصرف فمؤنة ذلك المصرف على جميعهم لأنهم يشتركون في الحاجة إليه والانتفاع به فكانت مؤنته عليهم كلهم كأوله.

مسألة: قال: (وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطاً).

ظاهر كلام الخرقي: أن تحويط الأرض إحياء لها سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غير ذلك ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال: الإحياء أن يحوط عليها حائطاً ويحفر فيها بئراً أو نهراً، ولا يعتبر في ذلك تسقيف وذلك لما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له» رواه أبو داود والإمام أحمد في مسنده، ويروى عن جابر عن النبي ﷺ مثله، ولأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم، ويبين هذا أن القصد لا اعتبار به. بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتاً فإنه يملكها وهذا لا يصنع للغنم مثله، ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها كأهل حوران وفلسطين أو بالطين كالفطائر لأهل غوطة دمشق أو بالخشب أو بالقصب كأهل الغور كان ذلك إحياء، وإن بناه بأرفع مما جرت به عادته كان أولى، وقال القاضي في صفة الإحياء روايتان:

إحداهما: ما ذكرنا.

والثاني: الإحياء ما تعارفه الناس إحياء لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف، ولأن النبي ﷺ لا يعلق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفته إذ ليس له طريق سواه.

إذا ثبت هذا، فإن الأرض تحيي داراً للسكنى وحظيرة ومزرعة، فإحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذي أريدت له. فأما الدار، فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة وتسقيفها. لأنها لا تكون للسكنى إلا بذلك.

وأما الحظيرة فإحياؤها بحائط جرت به عادة مثلها وليس من شرطها التسقيف لأن العادة ذلك من غير تسقيف وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب أو للحطب أو نحو ذلك، ولو خندق عليها خندقاً لم يكن إحياء. لأنه ليس بحائط ولا عمارة إنما هو حفر وتخريب، وإن حاطها بشوك وشبهه لم يكن إحياء وكان تحجراً. لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويحوط على رحله بنحو من ذلك، ولو نزل منزلاً فنصب له بيت شعر أو خيمة لم يكن إحياء، وإن أرادها للزراعة فبأن يهيئها لإمكان الزرع فيها، فإن كانت لا تزرع إلا بالماء فبأن يسوّق إليها ماء من نهر أو بئر، وإن كانت مما لا يمكن زرعها لكثرة أحجارها كأرض الحجاز فبأن يقلع أحجارها وينقيها حتى تصلح للزرع. وإن كانت غياضاً وأشجاراً كأرض الشعرى[1] فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها التي تمنع الزرع، وإن كانت مما لا يمكن زرعه إلا بحبس الماء عنها كأرض البطائح التي يفسدها

---

(١) الشعري: جبل عند حرة بني سليم.

غرقها بالماء لكثرته فإحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها. لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة إلى تكرار ذلك في كل عام كـان إحياء كسوق الماء إلى الأرض التي لا ماء لها.

ولا يعتبر في إحياء الأرض حـرثها ولا زرعهـا، لأن ذلك ممـا يتكرر كلما أراد الانتفـاع بها فلم يعتبر في الإحياء كسقيها وكالسكنى في البيوت بذلـك إذا فعله لمجرده لمـا ذكرنـا ولا يعتبر في إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت، وبهـذا قال الشـافعي فيما ذكـرنا في الـرواية الثانية إلا أن له وجهاً في أن حرثها وزرعها إحياء لها وإن ذلك معتبر في إحيائها ولا يتم بدونـه، وكذلك نصب الأبواب على البيوت. لأنه مما جرت العادة به فأشبه التسقيف ولا يصـح هذا لمـا ذكرنا، ولأن السكنى ممكنة بدون نصب الأبواب فأشبه تطيين سطوحها وتبييضها.

مسألة: قال: (أو يحفر فيهـا بئراً فيكـون له خمس وعشرون ذراعـاً حواليهـا وإن سبق إلى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعاً).

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة إلى عاد ولم يرد عاداً بعينها، لكن لمـا كانت عـاد في الزمن الأول وكانت لهـا آثار في الأرض نسب إليهـا كل قـديم فكل من حفـر بئراً في مـوات للتمليك فله حريمهـا خمس وعشرون ذراعاً من كـل جانب، ومن سبق إلى بئـر عاديـة كان أحق بها، لقول النبي ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له وله حريمهـا خمسون ذراعـاً من كـل جانب، نص أحمـد على هـذا في رواية حـرب وعبد الله، واختـاره أكثر أصحـابنا. وقـال القاضي وأبو الخطاب: ليس هذا على طريق التحديد، بل حريمها على الحقيقـة ما تحتـاج إليه في ترقية مائها منها فإن كان بدولاب فقدر مد الثور أو غيره، وإن كان بساقيـة فبقدر طـول البئر لمـا روي عن النبي ﷺ أنه قال: «حريم البئر مد رشائهـا» أخرجـه ابن ماجـة. ولأن المكان الـذي تمشي إليه البهيمة، وإن كان يستقي منها بيـده فبقدر مـا يحتاج إليـه الواقف عنـدها، وإن كـان المستخرج عيناً فحريمها القدر الذي يحتاج إليه صاحبها للانتفاع بها ولا يستضر بأخـذه منها ولـو على ألف ذراع، وحريم البئر من جانبيه ما يحتاج إليه لطرح كرايته بحكم العرف في ذلك. لأن هذا إنما ثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غـيرها، وقـال أبو حنيفـة: حريم البئـر أربعون ذراعاً. وحريم العين خمسمائة ذراع. لأن أبا هريرة روى عن النبي ﷺ أنه قال: «حريم البئر أربعون ذراعاً لأعطان الإبل والغنم» وعن الشعبي مثله رواه أبو عبيد.

ولنا: ما روى الدارقطني والخلال بإسنادهما عن النبي ﷺ أنه قال: «حـريم البئر البـدي خمس وعشرون ذراعاً وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً» وهذا نص. وروى أبو عبيـد بإسنـاده عن يحيى بن سعيد الأنصاري أنه قال: السنة في حريم القليب العـادي خمسون ذراعـاً والبدي خمس وعشرون ذراعاً، وبإسناده عن سعيد بن المسيب قال: حريم البئـر البدي خمس وعشرون ذراعاً من نواحيها كلها وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نـواحيها كلهـا وحريم البئـر العاديـة خمسون ذراعاً من نواحيها كلها. ولأنه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر الحاجـة كالحـائط

ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فإنه يحتاج إلى ما حولها عطناً لإبله وموقفاً لدوابه وغنمه وموضعاً يجعل فيه أحواضاً يسقى منها ماشيته، وموقفاً لدابته التي يستقي عليها وأشباه ذلك فلا يختص الحريم بما يحتاج إليه لترقية الماء، وأما حديث أبي حنيفة فحديثنا أصح منه ورواهما أبو هريرة فيدل على ضعفه.

إذا ثبت هذا: فظاهر كلام الخرقي أن هذا الحريم مملوك لصاحب البئر، وعند الشافعي والقاضي ليس بمملوك وقد سبق ذكر هذا.

فصل: ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، وإن لم يصل إلى الماء، فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء على ما قدمناه؟ ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك إحياء لها، وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون فليس لأحد احتجاره ومنعه لأنه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفق بها الناس وهكذا العيون النابعة ليس لأحد أن يختص بها، ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها أو لينتفع هو بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها وكان له الانتفاع بها. فإذاتركها صارت للمسلمين كلهم كالمعادن الظاهرة وما دام مقيماً عندها فهو أحق بها. لأنه سابق إليها فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء.

فصل: ومن كانت له بئر فيها ماء فحفر آخر قريباً منها بئراً ينسرق إليها ماء البئر الأولى فليس له ذلك سواء كان محتفر الثانية في ملكه مثل رجلين متجاورين في دارين حفر أحدهما في داره بئراً ثم حفر الآخر بئراً أعمق منها فسرى إليها ماء الأولى أو كانتا في موات فسبق أحدهما فحفر بئراً ثم جاء آخر فحفر قريباً منها بئراً تجتذب ماء الأولى، ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية. لأنه ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضر بالمالك قبله، وقال في الأولى: له ذلك. لأنه تصرف مباح في ملكه فجاز له فعله كتعلية داره، وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره مثل أن يجعل داره مدبغة أو حماماً يضر بعقار جاره بنحي ناره[١] ورماده ودخانه أو يحفر في أصل حائطه حشّاً[٢] يتأذى جاره برائحته وغيرها أو يجعل داره مخبزاً في وسط العطارين ونحوه مما يؤذي جيرانه فلا يحل له ذلك، وقال الشافعي: له ذلك كله لأنه تصرف مباح في ملكه أشبه بناءه ونقضه.

ولنا: قول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ولأنه إحداث ضرر بجاره فلم يجز كالدق الذي يهز الحيطان ويخربها وكإلقاء السماد والتراب ونحوه في أصل حائطه على وجه يضر به، ولو كان لرجل مصنع ماء فأراد جاره غرس شجرة تين أو نحوها مما تسري عروقه فتشق حائط مصنع جاره ويتلفه لم يملك ذلك وكان لجاره منعه وقلعها إن غرسها، ولو كان هذا الذي يحصل

(١) حمى بفتح الحاء وسكون الميم مصدر حمت النار إذا اشتد حرها. .
(٢) الحش بضم الحاء هو المرحاض.

منه الضرر سابقاً مثل من له في ملكه مدبغة أومقصرة[1] فأحيا إنسان إلى جانبه مواتاً وبناه داراً يتضرر بذلك لم يلزم إزالة الضرر بغير خلاف نعلمه لأنه لم يحدث ضرراً والله تعالى أعلم.

مسألة: قال: (وسواء في ذلك ما أحياه أو سبق إليه بإذن الإمام أو غير إذنه).

وجملة ذلك: أن إحياء الموات لم يفتقر إلى إذن الإمام وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة يفتقر إلى إذنه لأن للإمام مدخلاً في النظر في ذلك بدليل أن من تحجر مواتاً فلم يحيه فإنه يطالبه بالإحياء أو الترك فافتقر إلى إذنه كمال بيت المال.

ولنا: عموم قوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً فهي له» ولأن هذه عين مباحة فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام كأخذ الحشيش والحطب، ونظر الإمام في ذلك لا يدل على اعتبار إذنه، ألا ترى أن من وقف في مشرعة طالبه الإمام أن يأخذ حاجته وينصرف ولا يفتقر ذلك إلى إذنه، وأما مال بيت المال فإنما هو مملوك للمسلمين وللإمام ترتيب مصارفه فافتقر إلى إذنه بخلاف مسألتنا فإن هذا مباح فمن سبق إليه كان أحق الناس به كالحشيش والحطب والصيود والثمار المباحة في الجبال.

فصل: فأما ما سبق إليه فهو الموات إذا سبق إليه فتحجره كان أحق وإن سبق إلى بئر عادية فشرع فيها يعمرها كان أحق بها، ومن سبق إلى مقاعد الأسواق والطرقات أو مشارع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة وكل مباح مثل الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس اللقطة واللقيط وما يسقط من الثلج وسائر المباحات من سبق إلى شيء من هذا فهو أحق به ولا يحتاج إلى إذن الإمام ولا إذن غيره لقول النبي ﷺ «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» والله الموفق.

(١) مقصرة: أي مصبغة

كتاب الوقوف والعطايا

والوقوف: جمع وقف يقال منه وقفت وقفاً ولا يقال: أوقفت إلا في شاذ اللغة ويقال: حبست وأحبست وبه جاء الحديث «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» والعطايا: جمع عطية مثل خلية وخلايا، وبلية وبلايا. والوقف مستحب ومعناه تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة.

والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال: أصاب عمر أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يا رسول الله ﷺ إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب قط مالاً أنفس عندي منه فما تأمرني فيها؟ فقال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث» قال: فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير متأثل فيه أو غير متمول فيه» متفق عليه.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به من بعده أو ولد صالح يدعو له» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف. قال جابر: لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف. ولم ير شريح الوقف وقال: لا حبس عن فرائض الله قال أحمد: وهذا مذهب أهل الكوفة، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرده وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس وخالفه صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم.

واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما، رواه المحاملي في أماليه، ولأنه أخرج ماله على وجه القربة من ملكه فلم يلزم بمجرد القول كالصدقة، وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن

رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن النبي ﷺ قال لعمر في وقفه «لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث» قال الترمذي رحمه الله: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً.

قال الحميدي: تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره على ولده، وعمر بربعه عند المروة على ولده، وعثمان برومة[1]، وتصدق علي بأرضه بينبع، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده، وعمرو بن العاص بالوهط[2] وداره بمكة على ولده، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم.

وقال جابر: لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف، وهذا إجماع منهم فإن الذي قدر منهم على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعاً، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية فإذا نجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق. وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ولهذا لم يردها عليه إنما دفعها إليهما ويحتمل، أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه وأتيا النبي ﷺ فرده إليهما، والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم وإنما تفتقر إلى القبض والوقف لا يفتقر إليه فافترقا.

مسألة: قال أبو القاسم رحمة الله عليه: (ومن وقف في صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين فقد زال ملكه عنه).

في هذه المسألة فصول ثلاثة:

أحدها: أن الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه في الصحيح من المذهب وهو المشهور من مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة، وعن أحمد لا يزول ملكه وهو قول مالك، وحكى قولاً للشافعي رضي الله عنه لقول النبي ﷺ «حبس الأصل وسبل الثمرة».

ولنا: أنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالعتق، ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته كالملك المطلق، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوساً لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وفائدة الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه ويحتمل أن يلزمه أرش جنايته كما يفدي أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك.

الفصل الثاني: أن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به لأن الوقف يحصل به، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن

---

(١) رومة: بئر رومة وكانت ملكاً ليهودي فاشتراها عثمان رضي الله عنه وجعلها صدقة على المسلمين.

(٢) بستان ومال كان لعمرو بن العاص رضى الله عنه بالطائف.

يده وقال الوقف المعروف أن يخرجه من يده إلى غيره ويوكل فيه من يقوم به، اختاره ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن لأنه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية فلم يلزم بمجرده كالهبة والوصية.

ولنا: ما رويناه من حديث عمر، ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرده كالعتق، ويفارق الهبة فإنها تمليك مطلق والوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فهو بالعتق أشبه فإلحاقه به أولى.

الفصل الثالث: أنه لا يفتقر إلى القبول من الموقوف عليه، ذكره القاضي. وقال أبو الخطاب إن كان الوقف على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد والقناطر لم يفتقر إلى قبول، وإن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان:

أحدهما: اشتراطه لأنه تبرع لآدمي معين فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية يحققه أن الوصية إن كانت لآدمي معين وقفت على قبوله وإذا كانت لغير معين أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر إلى القبول كذا ها هنا.

والوجه الثاني: لا يشترط القبول لأنه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر، ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر وبهذا فارق الهبة والوصية، والفرق بينه وبين الهبة والوصية أن الوقف لا يختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله، والوصية للمعين بخلافه. وهذا مذهب الشافعي. فإذا قلنا: لا يفتقر إلى القبول لم يبطل برده وكان رده وقبوله وعدمها واحداً كالعتق، وإن قلنا يفتقر إلى القبول فرده من وقف عليه بطل في حقه وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج من صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة فإن قلنا بصحته فهل ينتقل من الحال إلى من بعده أو يصرف في الحال إلى مصرف في الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي رده ثم ينتقل إلى من بعده؟ على وجهين وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء إن شاء الله تعالى.

فصل: وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب، وقال أحمد: إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم ملكوه.

وروي عن أحمد أنه لا يملك فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز. لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة وإنما ينتفعون بغلتها وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون أي لا يملكون التصرف في الرقبة فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف. وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه، وقال أبو حنيفة: لا ينتقل الملك في الوقف اللازم بل يكون حقاً لله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق.

ولنا: إنه سبب يزيل ملك الواقف وجد إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينقل الملك إليه كالهبة والبيع، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية ويفارق العتق فإنه أخرجه عن المالية وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كأم ولد.

فصل: وألفاظ الوقف ستة ثلاثة صريحة وثلاثة كناية: فالصريحة وقفت وحبست وسبلت. متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم إلى ذلك عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر: «إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها» فصارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق.

وأما الكناية: فهي تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة. لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة فإن الصدقة تستعمل في الزكوات والهبات، والتحريم يستعمل في الظهار والأيمان ويكون تحريماً على نفسه وعلى غيره والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال فلا يحصل الوقف بمجردها ككنايات الطلاق فيه فإن انضم إليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها.

أحدها: أن ينضم إليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة.

والثاني: أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث. لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك.

الثالث: أن ينوي الوقف فيكون على ما نوى إلا أن النية تجعله وقفاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمائر، فإن اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره وإن قال ما أردت الوقف فالقول قوله لأنه أعلم بما نوى.

فصل: وظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه أو مقبرة ويأذن في الدفن فيها أو سقاية ويأذن دخولها فإنه قال في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن دخل بيتاً في المسجد وأذن فيه لم يرجع فيه وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس والسقاية فليس له الرجوع، وهذا قول أبي حنيفة. وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يصير وقفاً إلا بالقول وهذا مذهب الشافعي وأخذه القاضي من قول أحمد إذ سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود فقال إن كان جعلها لله فلا يرجع. وهذا لا ينافي الرواية الأولى فإنه أراد بقوله إن كان جعلها لله أي نوى بتحويطها جعلها لله فهذا تأكيد للرواية الأولى وزيادة

عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية وإن أراد بقوله جعلها لله أي اقترنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك من إذنه للناس في الدفن فيها فهي الرواية الأولى بعينها وإن أراد وقفاً بلسانه فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية وهذا لا ينافي الرواية الأولى لأنه في الأولى انضم إلى فعله إذنه للناس في الدفن ولم يوجد ها هنا فلا تنافي بينهما ثم لم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة والله أعلم.

واحتجوا بأن هذا تحبيس أصل على وجه القربة فوجب أن لا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء.

ولنا: إن العرف جار بذلك وفيه دلالة على الوقف فجاز أن يثبت به كالقول وجرى مجرى من قدم إلى ضيفه طعاماً كان إذناً في أكله ومن ملأ خابية ماء على الطريق كان تسبيلاً له ومن نثر على الناس نثاراً كان إذناً في التقاطه وأبيح أخذه، وكذلك دخول الحمام واستعمال مائه من غير إذن مباح بدلالة الحال وقد قدمنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة من غير لفظ وكذلك الهبة والهدية لدلالة الحال فكذلك ها هنا. وأما الوقف على المساكين فلم تجر به عادة بغير لفظ ولو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كمسألتنا والله أعلم.

مسألة: قال: (ولا يجوز أن يرجع إليه شيء من منافعه).

وجملة ذلك: أن من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً. فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه وزال عن الواقف ملكه وملك منافعه فلم يجز أن ينتفع بشيء منها إلا أن يكون قد وقف شيئاً للمسلمين فيدخل في جملتهم مثل أن يقف مسجداً فله أن يصلي فيه أو مقبرة فله الدفن فيها. أو بئراً للمسلمين فله أن يستقي منها أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كأحدهم لا نعلم في هذا كله خلافاً. وقد روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سبل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين.

مسألة: قال: (إلا أن يشترط أن يأكل منه فيكون له مقدر ما يشترط).

وجملته: أن الواقف إذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط، نص عليه أحمد. قال الأثرم قيل لأبي عبد الله: يشترط في الوقف أني أنفق على نفسي وأهلي منه قال: نعم واحتج قال: سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدري أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر. وقال القاضي: يصح الوقف رواية واحدة لأن أحمد نص عليها في رواية جماعة وبذلك قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزبير وابن شريح. وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن لا يصح الوقف. لأنه إزالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة، وكما لو أعتق عبداً

بشرط أن يخدمه ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول. فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به.

ولنا: الخبر الذي ذكره الإمام أحمد. ولأن عمر رضي الله عنه لما وقف قال: ولا بأس على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متمول فيه. وكان الوقف في يده إلى أن مات. ولأنه إذا وقف وقفاً عاماً كالمساجد والسقايات والرباطات والمقابر كان له الانتفاع به فكذلك ها هنا، ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة معينة، وسواء قدر ما يأكل منه أو أطلقه فإن عمر رضي الله عنه لم يقدر ما الوالي ويطعم إلا بقوله: بالمعروف، وفي حديث صدقة رسول الله ﷺ أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر إلا أنه إذا شرط أن ينتفع به مدة معينة فمات فيها فينبغي أن يكون ذلك لورثته كما لو باع داراً واشترط أن يسكنها سنة فمات في أثنائها والله أعلم.

فصل: وإن شرط أن يأكل أهله منه صح الوقف والشرط. لأن النبي ﷺ شرط ذلك في صدقته، وإن اشترط أن يأكل من وليه منه ويطعم صديقاً جاز. لأن عمر رضي الله عنه شرط ذلك في صدقته، التي استشار فيها رسول الله ﷺ، فإن وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقاً لأن عمر ولي صدقته، وإن وليها أحد من أهله. كان له ذلك لأن حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر.

فصل: وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا نعلم فيه خلافاً. لأنه ينافي مقتضى الوقف. ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع. وإن شرط الخيار في الوقف فسد، ونص عليه أحمد. وبه قال الشافعي، وقال أبو يوسف في رواية عنه يصح. لأن الوقف تمليك المنافع فجاز بشرط الخيار فيه كالإجارة.

ولنا: إنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح، كما لو شرط أن له بيعه متى شاء. لأنه إزالة ملك لله تعالى، فلم يصح اشتراط الخيار فيها كالعتق. ولأنه ليس بعقد معاوضة. فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة ويفارق الإجارة فإنها عقد معاوضة وهي نوع من البيع، ولأن الخيار إذا دخل في العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف، وها هنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف. ولم يمنع التصرف فافترقا.

فصل: وإن شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح. لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده. كما لو شرط أن لا ينتفع، وإن شرط للناظر أن يعطي من يشاء من أهل الوقف. ويحرم من يشاء جاز. لأن ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقاً في

الوقف. إذا اتصف بإرادة الوالي لعطيته ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه. فأشبه ما لو وقف على المشتغلين من ولده فإنه يستحق منهم من اشتغل به دون من لم يشتغل، فلو ترك المشتغل والاشتغال زال الاستحقاق، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه والله أعلم.

فصل: إذا جعل علو داره مسجداً دون سفلها أو سفلها دون علوها صح، وقال أبو حنيفة: لا يصح، لأن المسجد يتبعه هواؤه.

ولنا: إنه يصح بيعها كذلك يصح وقفه كالدار جميعها. ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز فيما ذكرنا كالبيع.

فصل: وإن جعل وسط داره مسجداً. ولم يذكر الاستطراق صح وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الاستطراق.

ولنا: إنه عقد يبيح الانتفاع، من ضرورته الاستطراق فصح وإن لم يذكر الاستطراق كما لو أجر بيتاً من داره.

فصل: إذا وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده ففيه روايتان:

إحداهما: لا يصح. فإنه قال في رواية أبي طالب. وقد سئل عن هذا فقال: لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه الله. وفي سبيل الله. فإذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرف، فعلى هذه الرواية يكون الواقف عليه باطلاً. وهل يبطل الوقف على من بعده؟ على وجهين: بناء على الوقف المنقطع الابتداء. وهذا مذهب الشافعي. لأن الوقف تمليك للرقبة والمنفعة. ولا يجوز أن يملك الإنسان نفسه من نفسه كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه، ولأن الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه التصرف في رقبة الملك فلم يصح ذلك كما لو أفرده بأن يقول لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه ونقل جماعة إن الوقف صحيح اختاره ابن أبي موسى. قال ابن عقيل وهي أصح، وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي يوسف وابن شريح لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع إليه شيء من منافعه، ولأنه يصح أن يقف وقفاً عاماً فينتفع به كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه والأول أقيس.

مسألة: قال: (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية إلا أن يكون الواقف فضل بعضهم).

في هذه المسألة فصول أربعة:

الأول: أنه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم. كان الوقف بين القوم وأولادهم. ومن حدث من نسلهم على سبيل الاشتراك إن لم تقترن به قرينة تقتضي ترتيباً. لأن الواو تقتضي الاشتراك فإذا اجتمعوا اشتركوا ولم يقدم بعضهم على بعض. ويشارك

الآخر الأول وإن كان من البطن العاشر، وإذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل لأنه يحتمل أن لا يكون حملاً فلا يثبت له حكم الدار قبل انفصاله.

فصل: فإن قال: وقفت على أولادي ثم على المساكين، أو قال: على ولدي ثم على المساكين. أو على ولد فلان. ثم على المساكين. فقد روي عن أحمد ما يدل على أنه يكون وقفاً على أولاده وأولاد أولاده من الأولاد البنين ما لم تكن قرينة تصرف عن ذلك. قال المروذي: قلت لأبي عبد الله ما تقول في رجل وقف ضيعة على ولده فمات الأولاد وتركوا النسوة حوامل؟ فقال كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين. فالضيعة موقوفة عليهم. وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لأنهم من رجل آخر. وقال أيضاً فيمن وقف على ولد علي بن إسماعيل. ولم يقل إن مات ولد علي بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن إسماعيل دفع إلى ولده أيضاً. لأن هذا من ولد على بن إسماعيل. ووجه ذلك أن الله تعالى قال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]. فدخل فيه ولد البنين وإن سَفَلوا، ولما قال: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١] فتناول ولد البنين. وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البنين. فالمطلق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به، لأن ولد ولده ولد له بدليل قول الله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ و ﴿يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾. وقال النبي ﷺ «ارموا بني إسماعيل. فإن أباكم كان رامياً» وقال: «نحن بنو النضر بن كنانة» والقبائل كلها تنسب إلى جدودها. ولأنه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك إذا لم يكونوا قبيلة.

وقال القاضي وأصحابه: لا يدخل فيه ولد الولد بحال سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات لأن الولد حقيقة وعرفاً إنما هو ولده لصلبه وإنما يسمى ولد الولد ولداً مجازاً ولهذا يصح نفيه فيقال: ما هذا ولدي إنما هو ولد ولدي وإن قال على ولدي لصلبي فهو آكد وإن قال على ولدي وولد ولدي ثم على المساكين دخل فيه البطن الأول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث، وإن قال على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم، وموضع الخلاف المطلق. فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف إليه بغير خلاف مثل أن يقول على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف إلى أولاد الأولاد بغير خلاف، وكذلك إن قال على أولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه أو قال ويفضل ولد الأكبر أو الأعلم على غيرهم أو قال فإذا خلت الأرض من عقبي عاد إلى المساكين أو قال على ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان أو قال يفضل البطن الأعلى على الثاني أو قال الأعلى فالأعلى وأشباه ذلك فهذا يصرف لفظه إلى جميع نسله

وعاقبته وإن اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول على ولدي لصلبي أو الذين يلونني ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الأول دون غيرهم وإذا قلنا بالتعميم فيهم إما للقرينة وإما لقولنا بأن المطلق يقتضي التعميم ولم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكاً ولا ترتيباً، احتمل أن يكون بينهم كلهم على التشريك لأنهم دخلوا في اللفظ دخولاً واحداً فوجب أن يكون بينهم مشتركاً كما لو أقر لهم بدين ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب في الميراث وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله فيمن وقف على ولد علي بن إسماعيل ولم يقل إن مات ولد عليّ بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن إسماعيل وترك ولداً فقال إن مات بعض ولد علي بن إسماعيل دفع إلى ولده أيضاً لأن هذا من ولد علي بن إسماعيل فجعله لولد من مات من ولد علي بن إسماعيل عند موت أبيه وذلك أن ولدالبنين لما دخلوا في قول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] لم يستحق ولد البنين شيئاً مع وجود ربائهم واستحقوا عند فقدهم كذا هاَ هنا، فأما إن وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب فيه ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال.

فصل: وإن رتب فقال: وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى أو الأقرب فالأقرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو على أولادي ثم على أولاد أولادي أو على أولادي فإن انقرضوا فعلى أولاد أولادي فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ولا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى ينقرض البطن كله ولو بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه، وإن قال على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده كان ذلك دليلاً على الترتيب لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى لتسوية. ولو جعلنا لولد الولد سهماً مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية ولأنه يفضي إلى تفضيل ولد الابن على الابن والظاهر من إرادة الواقف خلاف هذا.

فإذا ثبت الترتيب فإنه يترتب بين كل والد وولده، فإذا مات عن ولد انتقل إلى ولده سهمه سواء بقي من البطن الأول أحد أو لم يبق.

فصل: وإن رتب بعضهم دون بعض فقال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا، أو قال على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال يشترك من شرك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك وترتيب من رتبه بحرف الترتيب، ففي المسألة الأولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم، وفي الثانية يختص به

الولد فإذا انقرضوا صار مشتركاً بين من بعدهم، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم.

فصل: وإن قال وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي على أنه من مات من أولادي عن ولد فنصيبه لولده أو فنصيبه لإخوته أو لولد ولده أو لولد أخيه أو لأخواته أو لولد أخواته فهو على ما شرطه، وإن قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما، ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لأخيه وابني أخيه بالسوية لأنهم أهل الوقف، ثم إن مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه وعمه لأنهما أهل الوقف، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابني أخ له فنصيبه لأخويه دون ابني أخيه لأنهما ليسا من أهل الوقف ما دام أبوهما حياً فإذا مات أبوهما صار نصيبه لهما، فإذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالسوية إن لم يخلف ولداً وإن خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولابني عمه النصف لكل واحد الربع، وإن قال من مات منهم عن غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو في درجته فإن كان الواقف مرتباً بطناً بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذي هو منه، وإن كان مشتركاً بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لأنهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة ولأننا لو صرفنا نصيبه إلى بعضهم أفضى إلى تفضيل بعضهم والتشريك يقتضي التسوية، فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه لأنه لو سكت عنه كان الحكم فيه كذلك ويحتمل أن يعود نصيبه إلى سائر أهل البطن الذي هو منه لأنهم في درجته في القرب إلى الجد الذي يجمعهم ويستوي في ذلك إخوته وبنو عمه وبنو بني عم أبيه لأنهم سواء في القرب، ولأننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن في هذا الشرط فائدة، والظاهر أنه قصد شيئاً يفيد، فعلى هذا إن لم يكن في درجته أحد بطل هذا الشرط وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره وإن كان الوقف على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه إلى من في درجته ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه سواء كان من بطن واحد أو من بطون، وسواء تساوت أنصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا من قبل.

والثاني: أن يكون لأهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابناً لعمه الحي فيكون نصيبه بين أخيه وابني عمه.

والثالث: أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن

عمه الذي مات أبوه، فإن كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه المذكور وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لأنه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم.

فصل: وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة على أن من مات من فلان وفلان وأولادهم عن ولد فنصيبه لولده وإن مات فلان فنصيبه لأهل الوقف فهو على ما شرط، وكذلك إن كان له بنون وبنات فقال من مات من الذكور فنصيبه لولده ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف فهو على ما قال، وإن قال على أولادي على أن يصرف إلى البنات منه ألف والباقي للبنين لم يستحق البنون شيئاً حتى تستوفي البنات الألف لأنه جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه فكان الحكم فيه على ما قال فجعل البنات كذوي الفروض الذين سمى الله لهم فرضاً وجعل البنين كالعصبات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوي الفروض.

فصل: فإن كان له ثلاثة بنين فقال وقفت على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي كان الوقف على الابنين المسميين وعلى أولادهما وأولاد الثالث وليس للثالث شيء، وقال القاضي: يدخل الثالث في الوقف وذكر أن أحمد قال في رجل وقفت هذه الضيعة على ولدي فلان وفلان وعلى ولد ولدي وله ولد غير هؤلاء قال يشتركون في الوقف، واحتج القاضي بأن قوله ولدي يستغرق الجنس فيعم الجميع وقوله فلان وفلان تأكيد لبعضهم فلا يوجب إخراج بقيتهم كالعطف في قوله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ عَدُوًا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِكْيَالَ﴾ [البقرة: ٩٨].

ولنا إنه أبدل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاختص بالبعض المبدل كما لو قال على ولدي فلان وذلك لأن بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به كقول الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حَجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾ [آل عمران: ٩٧]. لما خص المستطيع بالذكر اختص الوجوب به ولو قال ضربت زيداً رأسه ورأيت زيداً وجهه اختص الضرب بالرأس والرؤية بالوجه ومنه قول الله تعالى: ﴿وَيَجْعَل الْخَبِيثَ بَعْضَهُ عَلَى بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٣٧]. وقول القائل طرحت الثياب بعضها فوق بعضه فإن الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الأول كذا ها هنا، وفارق العطف فإن عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده لا تخصيصه وقول أحمد هم شركاء يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده أي يشترك أولاد الموقوف عليهما وأولاد غيرهم لعموم لفظ الواقف فيهم ويتعين حمل كلامه عليه لقيام الدليل عليه، ولو قال على ولدي فلان وفلان ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا ويحتمل أن يدخل في الموقف ولد ولده لأننا قد ذكرنا من قبل أن ظاهر كلام أحمد أن قوله وقفت على ولدي يتناول نسله وعاقبته كلها.

فصل: ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله

لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله. قال أحمد في رواية جعفر بن محمد فيمن وقف نخلاً على قوم وما توالدوا ثم ولد مولود فإن كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء وهو للأول، وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم، وإنما قال ذلك لأنها قبل التأبير تتبع الأصل في البيع وهذا الموجود يستحق نصيبه من الأصل فيتبعه حصته من الثمرة كما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل وبعد التأبير لا تتبع الأصل ويستحقها من كان الأصل فكانت للأول لأن الأصل كان له كله له فاستحق ثمرته كما لو باع هذا النصيب منها ولم يستحق المولود منها شيئاً كالمشتري، وهكذا الحكم في سائر ثمر الشجر الظاهر فإن المولود لا يستحق منه شيئاً ويستحق مما ظهر بعد ولادته، وإن كان الوقف أرضاً فيها زرع يستحقه البائع فهو للأول، وإن كان مما يستحقه المشتري فللمولود حصته منه لأن المولود يتجدد استحقاقه للأصل كتجدد ملك المشتري فيه.

الفصل الثاني: إذا وقف على قوم وأولادهم وعاقبتهم ونسلهم دخل في الوقف ولد البنين بغير خلاف نعلمه، فأما ولد البنات فقال الخرقي لا يدخلون فيه، وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم، وممن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن وهكذا إذا قال على ذريتهم ونسلهم، وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد يدخل فيه ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد حقيقة فيجب أن يدخلوا في الوقف لتناول اللفظ لهم، وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى: ﴿وَنُوحاً هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ﴾. إلى قوله: ﴿وَعِيسَى﴾ [الأنعام: ٨٤] وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وإبراهيم وموسى وإسماعيل وإدريس ثم قال: ﴿أُولَٰئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ مِنْ ذُرِّيَّةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِنْ ذُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَائِيلَ﴾[مريم: ٥٨] وعيسى معهم، وقال النبي: ﷺ للحسن: «إن ابني هذا سيد» وهو ولد بنته ولما قال الله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ﴾ دخل في التحريم حلائل أبناء البنات ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بناتهن.

ووجه قول الخرقي أن الله تعالى قال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]. فدخل فيه ولد البنين دون ولد البنات وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الإرث والحجب دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات ولأنه لو وقف على ولد رجل وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات بالاتفاق وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة ولأنه لو وقف على ولد العباس في عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته فكذلك إذا وقف عليهم في حياته، ولأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

وقولهم: إنهم أولاد أولاد حقيقة قلنا: إلا أنهم لا ينسبون إلى الواقف عرفاً ولذلك لو قال أولاد أولادي المنتسبين إلي لم يدخل هؤلاء في الوقف، ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينسب إلى أبيها، وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب ينسب إليه فنسب إلى أمه لعدم أبيه ولذلك يقال عيسى ابن مريم، وغيره إنما ينسب إلى أبيه كيحيى بن زكريا وقول النبي ﷺ: «إن ابني هذا سيد» تجوز بغير خلاف بدليل قول الله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤٠]. وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد ما دل على تعيين أحد الأمرين. فأما إن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف إليه. ولو قال على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهماً ولولد البنين سهمين أو فإذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه إلي من قبل أب أو أم كان للمساكين أو كان البطن الأول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات وأشباه هذا مما يدل على إرادة ولد البنات بالوقف دخلوا في الوقف، وإن قال على أولادي وأولاد أولادي المنتسبين إلي أو غير ذوي الأرحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات، وإن قال على ولدي فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات، وكذلك لو قال على أنه من مات منهم عن ولده فنصيبه لولده، وإن قال الهاشمي وقفت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي، فأما من كان هاشمياً من غير أولاد بنيه فهل يدخلون؟ على وجهين:

أحدهما: أنهم يدخلون لأنهم اجتمع فيهم الصفتان جميعاً كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين.

والثاني: لا يدخلون لأنهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فأشبه ما لو لم يقل الهاشميين وإن قال على أولادي وأولاد أولادي ممن ينسب إلى قبيلتي فكذلك.

الفصل الثالث: أنه إذا وقف على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والأنثى لأنه تشريك بينهم وإطلاق التشريك يقتضي التسوية كما لو أقر لهم بشيء وكولد الأم في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه فقال: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]. تساووا فيه ولم يفضل بعضهم على بعض وليس كذلك في ميراث ولد الأبوين وولد الأب فإن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦]. ولا أعلم في هذا خلافاً.

الفصل الرابع: أنه إذا فضل بعضهم على بعض فهو على ما قال، فلو قال وقفت على أولادي وأولاد أولادي على أن للذكر سهمين وللأنثى سهماً أو للذكر مثل حظ الأنثيين أو على حسب ميراثهم أو على حسب فرائضهم أو بالعكس من هذا أو على أن للكبير ضعف ما

للصغير أو للعالم ضعف ما للجاهل أو للعائل ضعف ما للغني أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده أو ما أشبه هذا فهو على ما قال لأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيله وترتيبه، وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل أن يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ومن اشتغل بالعلم فله ومن ترك فلا شيء له، أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له فكل هذا صحيح على ما شرط، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها فإن استغنت بزوج فلا حق لها في الوقف وليس هذا تعليقاً للوقف بصفة بل الوقف مطلق والاستحقاق له بصفة وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً.

فصل: والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. وقال القاضي: المستحب التسوية بين الذكر والأنثى لأن القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة.

ولنا: إنه إيصال للمال إليهم فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث كالعطية، ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج ويكون له الولد فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده والمرأة ينفق عليها زوجها ولا يلزمها نفقة أولادها، وقد فضل الله الذكر على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى فيصح تعليله به ويتعدى إلى الوقف وإلى غيره من العطايا والصلات وما ذكره القاضي لا أصل له وهو ملغي بالميراث والعطية، فإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى أو فضلها عليه أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض أو خص بعضهم بالوقف دون بعض فقال أحمد في رواية محمد بن الحكم إن كان على طريق الأثرة فأكرهه وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة يعني فلا بأس به. ووجه ذلك أن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته، وعلى قياس قول أحمد لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه تحريضاً لهم على طلب العلم أو ذا الدين دون الفساق أو المريض أو من له فضل من أجل فضيلته فلا بأس. وقد دل على صحة هذا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً دون سائر ولده، وحديث عمر أنه كتب بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغا وصرمة بن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي فيه الذي أطعمه محمد ﷺ بالواد تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه» رواه أبو داود وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوتها وأخواتها.

مسألة : قال: (فإذا لم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين).

يعني إذا وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلهم فلم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين ولم ينتقل إليهم ما دام أحد من القوم أو من نسلهم باقياً لأنه رتبه للمساكين بعدهم. والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة، والفقراء يدخلون فيهم وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما، والمعنى الذي يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة ولهذا لما سمى الله عز وجل المساكين في مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الأذى تناولهما جميعاً وجاز الصرف إلى كل واحد منهما، ولما ذكر الفقراء في قوله: ﴿وَلِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٧٣]، وفي قوله: ﴿وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧١]. تناول القسمين، وكل موضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القسمين إلا في الصدقات لأن الله تعالى جمع بين الاسمين وميز بين المسميين فاحتجنا إلى التمييز بينهما، وفي غير الصدقات يستحق الكل بكل واحد من الاسمين، فإن جمع بين الاسمين، بالوقف أيضاً فقال وقفت هذا على الفقراء والمساكين نصفين أو ثلاثاً وجب التمييز بينهما أيضاً فنزلناهما منزلتهما من سهام الصدقات، وإن قال على الفقراء والمساكين فقياس المذهب جواز الاقتصار على أحد الصنفين وإباحة الدفع إلى واحد كما قلنا في الزكاة، ويتخرج أن لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف بناء على القول في الزكاة أيضاً. ولا خلاف في أنه لا يجب تعميمهم بالعطية كما لا يجب استيعابهم بالزكاة ولا في أنه يجوز التفضيل بين من يعطيه منهم سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً أو كان الوقف ابتداء أو انتقل إليهم عن غيرهم، وضابط هذا أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم والتسوية بينهم وجب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض، فإن وقف على من لا يمكن حصرهم كالمساكين أو قبيلة كبيرة كبني تميم وبني هاشم جاز الدفع إلى واحد وإلى أكثر منه وجاز التفضيل والتسوية لأن وقفه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يرده ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه، فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار ممن لا يمكن استيعابه كرجل وقف على ولده وولد ولده فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر مثل أن يقف علي رضي الله عنه على ولده ونسله فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لأن التعميم كان واجباً وكذلك التسوية فإذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذي يعجز عن بعضه ولأن الواقف أراد التعميم والتسوية لإمكانه وصلاح لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن منه بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف مما لا يمكن ذلك فيهم.

فصل: وإن وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات لا يعدوهم إلى غيرهم لأن المطلق من كلام الآدميين محمول

على المعهود في الشرع فينظر من كان يستحق السهم من الصدقات فالوقف مصروف إليه وشرحهم يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى، وإن وقف على الأصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف إليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة لا يزاد على ذلك فيعطى الفقير والمسكين ما يتم به غناؤه والغارم قدر ما يقضي غرمه، والمكاتب قدر ما يؤدي به كتابته، وابن السبيل ما يبلغه، والغازي ما يحتاج إليه لغزوه وإن كان غنياً، واختلف في قدر ما يحصل به الغنى فقال أحمد في رواية علي بن سعيد في الرجل يعطى من الوقف خمسين درهماً فقال إن كان الواقف ذكر في كتابه المساكين فهو مثل الزكاة، وإن كان متطوعاً أعطى ما شاء وكيف شاء فقد نص أحمد على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف في الزكاة والله أعلم، وإن وقف على جميع الأصناف أو على صنفين أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد أو يجب إعطاء بعض كل صنف من الموقوف عليه؟ على وجهين بناء على الزكاة.

فصل: وإذا وقف على سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير فسبيل الله هو الغزو والجهاد في سبيل الله فيصرف ثلث الوقف إلى من يصرف إليهم السهم من الزكاة وهم الغزاة الذين لا حق لهم في الديون وإن كانوا أغنياء، وسائر الوقف يصرف إلى كل ما فيه أجر ومثوبة وخير لأن اللفظ عام في ذلك، وقال أصحابنا يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء فجزء يصرف إلى الغزاة وجزء يصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثواباً فإن النبي ﷺ قال: «صدقتك على ذي القرابة صدقة وصلة» والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته وهم خمسة أصناف: الفقراء والمساكين والرقاب والغارمون لمصلحتهم وابن السبيل لأن هؤلاء أهل حاجة منصوص عليهم في القرآن فكان من نص الله تعالى عليه في كتابه أولى من غيره، وإن ساواه في الحاجة وهذا مذهب الشافعي.

ولنا: إن لفظه عام فلا يجب التخصيص بالبعض لكونه أولى كالفقراء والمساكين في الزكاة لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها وإن كانوا أولى، وكذلك سائر الألفاظ العامة، وإن أوصى في أبواب البر صرف في كل ما فيه بر وقربة، وقال أصحابنا يصرف في أربع جهات: أقاربه غير الوارثين والمساكين والجهاد والحج، قال أبو الخطاب وعنه فداء الأسرى مكان الحج ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها.

مسألة: قال: (فإن لم يجعل آخره للمساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع إلى ورثة الواقف في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله، والرواية الأخرى يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف).

وجملة ذلك: أن الواقف الذي لا اختلاف في صحته ما كان معلوم الابتداء والانتهاء

غير منقطع مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم، وإن كان غير معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم، بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة فإن الوقف يصح وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قوليه، وقال محمد بن الحسن لا يصح، وهو القول الثاني للشافعي لأن الوقف مقتضاه التأبيد فإذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول فلم يصح كما لو وقف على مجهول في الابتداء.

ولنا: إنه تصرف معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه المتصل ولأن الإطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنقد البلد وعرف المصرف وها هنا هم أولى الجهات به فكأنه عينهم.

إذا ثبت هذا فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف وبه قال الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى أنه ينصرف إلى المساكين واختاره القاضي والشريف أبو جعفر لأنه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فإذا وجدت صدقة غير معينة المصرف انصرفت إليهم كما لو نذر صدقة مطلقة، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يجعل في بيت مال المسلمين لأنه مال لا مستحق له فأشبه مال من لا وارث له وقال أبو يوسف يرجع إلى الواقف وإلى ورثته إلا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وعلى فلان فإذا انقرض المسمى كانت للفقراء والمساكين لأنه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره ويفارق ما إذا قال ينفق منها على فلان وفلان فإنه جعل الصدقة مطلقة.

ولنا: إنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع إليه كما لو أعتق عبداً، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته بدليل قول النبي ﷺ: «صدقتك على غير رحمك صدقة وصدقتك على رحمك صدقة وصلة» وقال: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» ولأن فيه إغناءهم وصلة أرحامهم لأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات كذلك صدقته المنقولة.

إذا ثبت هذا فإنه في ظاهر كلام الخرقي وظاهر كلام أحمد يكون للفقراء منهم والأغنياء لأن الوقف لا يختص الفقراء ولو وقف على أولاده تناول الفقراء والأغنياء كذا ها هنا وفيه وجه آخر أنه يختص الفقراء منهم لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء ولأنا خصصناهم بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ففي إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم لأنهم الذين صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفاً ولأن النبي ﷺ قال: «إنك إن تترك

ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفاً عليهم نص عليه أحمد وذكره القاضي لأن الوقف يقتضي التأبيد، وإنما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم أحق الناس بصدقته فصرف إليهم مع بقائه صدقة ويحتمل كلام الخرقي أن يصرف إليهم على سبيل الإرث ويبطل الوقف فيه. فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف (والرواية الثانية) يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصابات فيقدم الأقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراث موليه فخصوا بهذا أيضاً، وهذا لا يقوى عندي فإن استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون من بدليل من نص أو إجماع أو قياس ولا نعلم فيه نصاً ولا إجماعاً ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالى لأن علته لا تتحقق هـهنا وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فإن كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف إلى غيرهم، ولأننا إذا صرفناه إلى أقاربه على سبيل التعيين فهي أيضاً جهة منقطعة فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين، وقال الشافعي يكون وقفاً على أقرب الناس إلى الواقف الذكر والأنثى فيه سواء.

فصل: فإن لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرفه إلى الفقراء والمساكين وقفاً عليهم لأن القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام وإنما قدمنا الأقارب على المساكين لكونهم أولى فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف إليهم إلا على قول من قال إنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكاً لهم فإنه يصرف عند عدمهم إلى بيت المال لأنه بطل الوقف فيه بانقطاعه وصار ميراثاً لا وارث له فكان بيت المال به أولى.

فصل: فإن قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله فلا نص فيه، وقال ابن حامد يصح الوقف قال القاضي هو قياس قول أحمد فإنه قال في النذر المطلق ينعقد موجباً لكفارة يمين وهذا قول مالك والشافعي في أحد قوليه لأنه إزالة ملك على وجه القربة فوجب أن يصح مطلقه كالأضحية والوصية ولو قال وصيت بثلث مالي صح وإذا صح صرف إلى مصارف الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليه.

فصل: وإن وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز الوقف عليه، مثل أن يقف على أولاده ثم على البيع صح الوقف أيضاً ويرجع بعد انقراض من جاز الوقف عليه أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع وعدمه واحد، ويحتمل أن لا يصح الوقف لأنه جمع بين ما يجوز وما لا يجوز فأشبه تفريق الصفقة.

فصل: وإن كان الوقف منقطع الابتداء مثل أن يقفه على من لا يجوز الوقف عليه كنفسه أو أم ولده أو عبده أو كنيسة أو مجهول فإن لم ذكر له ما لا يجوز الوقف عليه فالوقف باطل وكذلك إن جعل مآله مما لا يجوز الوقف عليه لأنه أخل بأحد شرطي الوقف فبطل كما لو وقف ما لا يجوز وقفه، وإن جعل له مآلا يجوز الوقف عليه مثل أن يقفه على عبده ثم على المساكين ففي صحته وجهان بناء على تفريق الصفقة، وللشافعي فيه قولان كالوجهين فإذا قلنا يصح وهو قول القاضي وكان من لا يجوز الوقف عليه ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس صرف في الحال إلى من يجوز الوقف عليه لأننا لما صححنا الوقف مع اعتباره وإن كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه كأم ولده وعبد معين ففيه وجهان.

أحدهما: أنه ينصرف في الحال إلى من يجوز الوقف عليه كالتي قبلها ذكره أبو الخطاب. **والثاني:** أنه يصرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه فإذا انقرض صرف إلى من يجوز وهذا الوجه الذي ذكره القاضي وابن عقيل لأن الواقف إنما جعله وقفاً على من يجوز بشرط انقراض هذا فلا يثبت بدونه وفارق ما لا يمكن اعتبار انقراضه فإنه تعذر اعتباره، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

فصل: وإن كان الوقف صحيح الطرفين منقطع الوسط مثل أن يقف على ولده ثم على عبيده ثم على المساكين خرج في صحة الوقف وجهان كمنقطع الانتهاء ثم ينظر فيما لا يجوز الوقف عليه فإن لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه إذا قلنا بالصحة وإن أمكن اعتبار انقراضه فهل يعتبر أو يلغى؟ على وجهين كما تقدم وإن كان منقطع الطرفين صحيح الوسط كرجل وقف على عبيده ثم على أولاده ثم على الكنيسة خرج في صحته أيضاً وجهان ومصرفه بعد من يجوز إلى مصرف الوقف المنقطع.

مسألة: قال: (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه أو قال هو وقف بعد موتي ولم يخرج من الثلث وقف منه بقدر الثلث إلا أن تجيز الورثة).

وجملته أن الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال لأنه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالعتق والهبة وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم ما زاد على الثلث لزم الوقف منه في قدر الثلث ووقف الزائد على إجازة الورثة، لا نعلم في هذا خلافاً عند القائلين بلزوم الوقف وذلك لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض فمنع التبرع بزيادة على الثلث كالعطايا والعتق، فأما إذا قال هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الخرقي أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد. وقال القاضي لا يصح هذا لأنه تعليق للوقف على شرط وتعليق الوقف على شرط غير جائز بدليل ما لو علقه على شرط في حياته وحمل كلام الخرقي على أنه قال قفوا بعد موتي

فيكون وصية بالوقف لا إيقافاً، وقال أبو الخطاب قول الخرقي هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط.

ولنا: على صحة الوقف بالمعلق بالموت ما احتج به الإمام أحمد رضي الله عنه أن عمر وصى فكان في وصيته: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغا صدقة وذكر بقية الخبر وقد ذكرناه في غير هذا الموضع ورواه أبو داود بنحو من هذا، وهذا نص في مسألتنا، ووقفه هذا كان بأمر النبي ﷺ لأنه اشتهر في الصحابة فلم ينكر فكان إجماعاً ولأن هذا تبرع معلق بالموت فصح كالهبة والصدقة المطلقة أو نقول صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف ويفارق هذا التعليق على شرط في الحياة بدليل الهبة المطلقة والصدقة وغيرهما وذلك لأن هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم وللمجهول وللحمل وغير ذلك وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط.

فصل: ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل أن يقول إذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرسي حبيس أو إذا ولد لي ولد أو إذا قدم لي غائبي ونحو ذلك، ولا نعلم في هذا خلافاً لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه على شرط كالهبة، وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا.

فصل: وإن علق انتهاءه على شرط نحو قوله داري وقف إلى سنة أو إلى أن يقدم الحاج لم يصح في أحد الوجهين، لأنه ينافي مقتضى الوقف فإن مقتضاه التأبيد وفي الآخر يصح لأنه منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء فإن حكمنا بصحته ها هنا فحكمه حكم منقطع الانتهاء.

فصل: وإن قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح وكذلك إن قال هذا وقف على ولدي مدة حياتي ثم هو بعد موتي للمساكين صح لأنه وقف متصل الابتداء والانتهاء، وإن قال وقف على المساكين ثم على أولادي صح ويكون وقفاً على المساكين ويلغى قوله على أولادي لأن المساكين لا انقراض لهم.

فصل: واختلفت الرواية عن أحمد في الوقف في مرضه على بعض ورثته فعنه لا يجوز ذلك فإن فعل وقف على إجازة سائر الورثة، قال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن أوصى لأولاد بنيه بأرض توقف عليهم فقال: إن لم يرثوه فجائز، فظاهر هذا أنه لا يجوز الوقف عليهم في المرض اختاره أبو حفص العكبري وابن عقيل وهو مذهب الشافعي.

والرواية الثانية: يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب فإنه قال في رواية جماعة منهم الميموني: يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته فقيل له أليس تذهب أنه لا وصية

لوارث؟ فقال نعم والوقف غير الوصية لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة ينتفعون بغلته، وقال في رواية أحمد بن الحسن فإنه صرح في مسألته بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض فقال جائز قال الخبري: وأجاز هذا الأكثرون واحتج أحمد رضي الله عنه بحديث عمر رضي الله عنه أنه قال: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغاً[1] صدقة والعبد الذي فيه والسهم الذي بخيبر ورقيقه الذي فيه والمائة وسق الذي أطعمني محمد ﷺ تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهله لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقاً رواه أبو داود بنحو من هذا، فالحجة أنه جعل لحفصة أن تلي وقفه وتأكل منه وتشتري رقيقاً، قال الميموني قلت لأحمد إنما أمر النبي ﷺ بالإيقاف وليس في الحديث الوارث قال فإذا كان النبي ﷺ أمره وهو ذا قد وقفها على ورثته وحبس الأصل عليهم جميعاً ولأن الوقف ليس في معنى المال لأنه لا يجوز التصرف فيه فهو كعتق الوارث.

ولنا: إنه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه فمنع منه كالهبات ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز بالمنفعة كالأجنبي فيما زاد على الثلث، وأما خبر عمر فإنه لم يخص بعض الورثة بوقفه والنزاع إنما هو في تخصيص بعضهم، وأما جعل الولاية لحفصة فليس ذلك وقفاً عليها فلا يكون ذلك وارداً في محل النزاع، وكونه انتفاعاً بالغلة لا يقتضي جواز التخصيص بدليل ما لو أوصى لورثته بمنفعة عبد لم يجز، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة على أنه وقف على جميع الورثة ليكون على وفق حديث عمر وعلى وفق الدليل الذي ذكرنا.

فصل: فإن وقف داره وهي تخرج من الثلث بين ابنه وبنته نصفين في مرض موته فعلى رواية الجماعة يصح الوقف ويلزم لأنه لما كان يجوز له تخصيص البنت بوقف الدار كلها فبنصفها أولى، وعلى الرواية التي نصرناها إن أجاز الابن ذلك جاز وإن لم يجزه بطل الوقف فيما زاد على نصيب البنت وهو السدس ويرجع إلى الابن ملكاً فيكون له النصف وقفاً والسدس ملكاً مطلقاً والثلث للبنت جميعه وقفاً ويحتمل أن يبطل الوقف في نصف ما وقف على البنت وهو الربع ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفاً ونصفها للابن وربعها للبنت والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثاً للابن ثلثاه وللبنت ثلثه وتصح المسألة من اثني عشر للابن ستة أسهم وقفاً وسهمان ملكاً وللبنت ثلاثة أسهم وقفاً وسهم ملكاً، ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين وهي تخرج من الثلث فرد الابن صح الوقف على الابن في نصفها وعلى المرأة في ثمنها وللابن إبطال الوقف في ثلاثة أثمانها فترجع إليه ملكاً على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يصح الوقف على الابن في نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ويرجع إليه في حصته ملكاً ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة وباقيه يكون لها ملكاً فاضرب سبعة في ثمانية تكون ستة وخمسين، للابن ثمانية وعشرون

---

(١) ثمغاً: مال بالمدينة لعمر بن الخطاب رضي الله عنه جعله وقفاً.

وقفاً وأحد وعشرون ملكاً وللمرأة أربعة أسهم وقفاً وثلاثة ملكاً، وهكذا ذكر أصحاب الشافعي، فأما إن كانت الدار جميع ملكه فوقفها كلها فعلى ما اخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث فإن الوارث في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثلث، وأما على ما رواه الجماعة فإن الوقف يلزم في الثلث من غير اختيار الورثة وفيما زاد فلهما إبطال الوقف فيه وللابن إبطال التسوية، فإن اختار إبطال التسوية دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان:

أحدهما: أنه يبطل الوقف في التسع ويرجع إليه ملكاً فيصير له النصف وقفاً والتسع ملكاً ويكون للبنت السدس والتسعان وقفاً لأن الابن إنما ملك إبطال الوقف في ماله دون ما لغيره.

والوجه الثاني: أن له إبطال الوقف في السدس ويصير له النصف وقفاً والتسع ملكاً وللبنت الثلث وقفاً ونصف التسع ملكاً لئلا تزداد البنت على الابن في الوقف وتصح المسألة في هذا الوجه من ثمانية عشر، للابن تسعة وقفاً وسهمان ملكاً وللبنت ستة أسهم وقفاً وسهم ملكاً، وقال أبو الخطاب له إبطال الوقف في الربع كله ويصير له النصف وقفاً والسدس ملكاً ويكون للبنت الربع وقفاً ونصف السدس ملكاً كما لو كانت الدار تخرج من الثلث وتصح من اثني عشر.

مسألة: قال: (وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً بيع واشتري بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفاً كالأول وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو بيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد).

وجملة ذلك: أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتاً ولم تمكن عمارتها أو مسجداً انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه. قال أحمد في رواية أبي داود إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه، وقال في رواية صالح يحول المسجد خوفاً من اللصوص، وإذا كان موضعه قذراً قال القاضي يعني إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله وتكون الشهادة في ذلك على الإمام قال أبو بكر وقد روى علي بن سعيد أن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها قال: وبالقول الأول أقول لإجماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرحى أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة في نتاجها أو حصاناً يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو نص عليه أحمد وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد أو الوقف عاد إلى ملك واقفه لأن الوقف إنما هو تسبيل المنفعة فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه، وقال مالك والشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله ﷺ: «لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث» ولأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالمعتق والمسجد أشبه الأشياء بالمعتق.

ولنا: ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فإنه لن يزال في المسجد مصل وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان إجماعاً، ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها وقبلها غيره، قال ابن عقيل الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأبيده على وجه يخصصه استبقاء الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وإيصال الابدال جرى مجرى الأعيان وجمودنا على العين مع تعطله تضييع للغرض ويقرب هذا من الهدي إذا عطب في السفر فإنه يذبح في الحال وإن كان يختص بموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع.

ولنا: على محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه القربة فلا يعود إلى مالكه باختلاله وذهاب منافعه كالعتق.

فصل: وظاهر كلام الخرقي أن الوقف إذا بيع فأي شيء اشتري بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لأن المقصود المنفعة لا الجنس لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به.

فصل: وإذا لم يف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء فرس حبيس يكون بعض الثمن، نص عليه أحمد لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق.

فصل: وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رد على أهل الوقف لم يجز بيعه لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع وإن قل ما يضيع المقصود، اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعاً فيكون وجود ذلك كالعدم.

فصل: قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك. فينظر إلى قول أكثرهم، واختلف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا في مسجد أراد أهله إنشاءه ابتداء واختلفوا كيف يعمل؟ وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزاً لأن مآله إليه أما بعد كونه مسجداً لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت، وذهب القاضي إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ما تحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك والأول أصح وأولى، وإن خالف الظاهر فإن المسجد لا يجوز نقله وإبداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت إلا عند تعذر الانتفاع به، والحاجة إلى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية

وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة فرخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة.

فصل: ولا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة نص عليه أحمد وقال إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلعها الإمام لجاز وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا وإنما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن ولأن الشجرة تؤذي المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وثمرها وتسقط عليها العصافير والطير فتبول في المسجد وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها، فأما إن كانت النخلة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والنخلة فيها فلا بأس، قال أحمد في موضع لا بأس يعني أن يبيعها من الجيران، وقال في رواية أبي طالب في النبقة لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها وذلك والله أعلم لأن صاحب الأرض لما جعلها مسجداً والنخلة فيها فقد وقف الأرض والنخلة معها ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذي لم يعين له مصرف وقد ذكرنا فيه في إحدى الروايات أنه للمساكين، فأما إن قال صاحبها هذه وقف على المسجد فينبغي أن يباع ثمرها ويصرف إليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره، قال أبو الخطاب عندي أن المسجد إذا احتاج إلى ثمن ثمرة الشجرة بيعت وصرف ثمنها في عمارته قال وقول أحمد يأكلها الجيران محمول على أنهم يعمرونه.

فصل: وما فضل من حصر المسجدوزيته ولم يحتج إليه جاز أن يجعل في مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم وكذلك إن فضل من قصبه أو شيء من نقضه، قال أحمد في مسجد بني فبقي من خشبه أو قصبه أو شيء من نقضه فقال يعان به مسجد آخر أو كما قال: وقال المروذي سألت أبا عبد الله عن بواري[1] المسجد إذا فضل منه الشيء أو الخشبة قال يتصدق به وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت إذا تحرقت تصدق بها، وقال في موضع آخر قد كان شيبة يتصدق بخلقان الكعبة.

وروى الخلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شيبة بن عثمان الحجبي جاء إلى عائشة رضي الله عنها فقال يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تكثر عليها فننزعها فنحفر لها آباراً فندفنها فيها حتى لا تلبسها الحائض والجنب قالت عائشة: بئس ما صنعت ولم تصب، إن ثياب الكعبة إذا نزعت لم يضرها من لبسها من حائض أو جنب ولكن لو بعتها وجعلت ثمنها في سبيل الله والمساكين، فكان شيبة يبعث بها إلى اليمن فتباع فيضع ثمنها حيث أمرته عائشة، وهذه قصة مثلها ينتشر ولم ينكر فيكون إجماعاً، ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف فصرف إلى المساكين كالوقف المنقطع.

---

(١) بواري: جمع بارية وهي الحصير المنسوج والمراد حصر المسجد.

فصل: إذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره فإن قتل بطل الوقف فيه وإن قطع كان باقيه وقفاً كما لو تلف بفعل الله تعالى، وإن كانت الجناية موجبة للمال لم يكن تعلقها برقبته لأنه لا يمكن بيعها ويجب أرشها على الموقوف عليه لأنه ملكه تعلق أرشه برقبته فكان على مالكه كأم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد، وإن قلنا الوقف لا يملك فالأرش في كسبه لأنه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا تباع وبالموقوف عليه لأنه لا يملكه فكان في كسبه كالحر يكون في ماله ويحتمل أن يكون في بيت المال كأرش جناية الحر المعسر وهذا احتمال ضعيف جداً فإن الجناية إنما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها وجناية العبد لا تحملها العاقلة وإن كان الوقف على المساكين فينبغي أن يكون الأرش في كسبه لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه ولا يمكن تعلقه برقبته لتعذر بيعها فتعين في كسبه ويحتمل أن يجب في بيت المال.

فصل: وإن جنى على الوقف جناية موجبة للمال وجب لأن ماليته لم تبطل ولو بطلت ماليته لم يبطل أرش الجناية عليه فإن الحر يجب أرش الجناية عليه فإن قتل وجبت قيمته وليس للموقوف عليه العفو عنها لأنه لا يختص بها ويشترى بها مثل المجني عليه يكون وقفاً، وقال بعض الشافعية يختص الموقوف عليه بالقيمة إن قلنا إنه يملك الموقوف لأنه بدل ملكه.

ولنا: إنه ملك لا يختص به فلم يختص ببدله كالعبد المشترك والمرهون وبيان عدم الاختصاص ظاهر فإنه يتعلق به حق البطن الثاني فلم يجز إبطاله ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فنعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه كما لو أتلف رجل رهناً أخذت منه قيمته فجعلت رهناً، ولم يصح عفو واحد منهما عنه، وإن كانت الجناية عمداً محضاً من مكافىء له فالظاهر أنه لا يجب القصاص لأنه محل لا يختص به الموقوف عليه فلم يجز أن يقتص من قاتله كالعبد المشترك، وقال بعض أصحاب الشافعي يكون ذلك إلى الإمام فإن قطعت يد العبد أو طرف من أطرافه فالقصاص له وله استيفاؤه لأنه لا يشاركه فيه غيره، وإن كان القطع لا يوجب القصاص أو يوجبه فعفي عنه وجب نصف قيمته، فإن أمكن أن يشترى بها عبد كامل وإلا اشتري بها شقص من عبد.

فصل: ويجوز تزويج الأمة الموقوفة لأنه عقد على منفعتها أشبه الإجارة، ولأن الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة فلا يتضرر بتمليك غيره إياها ووليها الموقوف عليه لأنها ملكه والمهر له لأنه بدل نفعها. أشبه الأجر في الإجارة. ويحتمل أن لا يجوز تزويجها لأنه عقد على نفعها في العمر. فيفضي إلى تفويت نفعها في حق البطن الثاني. ولأن النكاح يتعلق به حقوق من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ومبيتها عنده فتفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني إلا أن تطلب التزويج فيتعين تزويجها، لأنه حق لها طلبته فتتعين الإجابة إليه. وما فات من الحق به فات تبعاً لإيفائها حقها فوجب ذلك كما يجب تزويج الأمة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك. وإذا زوجها فولدت من الزوج فولدها وقف معها لأن ولد كل ذات رحم تثبت لها حرمة حكمه

حكمها كأم الولد والمكاتبة وإن أكراها أجنبي، فوطئها أو طاوعته فعليه الحد إذا انتفت الشبهة. وعليه المهر لأهل الوقف لأنه وطىء جارية غيره أشبه الأمة المطلقة وولدها يكون وقفاً معها، وإن وطئها بشبهة يعتقدها حرة فالولد حر، ولو كان الواطىء عبداً، وتجب قيمته لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكاً فمنعه اعتقاد الحرية من الرق فوجبت قيمته يشترى بها عبد يكون رقيقاً وتعتبر قيمته يوم تضعه حياً لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك.

فصل: وليس للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة لأنا لا نأمن حبلها فتنقص أو تتلف أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد ولأن ملكه ناقص، فإن وطىء فلا حد عليه للشبهة، ولا مهر عليه لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب للإنسان شيء على نفسه والولد حر لأنه من وطىء شبهة وعليه قيمة الولد يشترى بها عبد مكانه وتصير أم ولد لأنه أحبلها بحر في ملكه. فإذا مات عتقت ووجبت قيمتها في تركته لأنه أتلفها على من بعده من البطون فيشترى بها جارية تكون وقفاً مكانها وإن قلنا: إن الموقوف عليه لا يملكها لم تصر أم ولد له لأنها غير مملوكة له.

فصل: وإن أعتق العبد الموقوف لم ينفذ عتقه لأنه يتعلق به حق غيره ولأن الوقف لازم فلا يمكن إبطاله وإن كان نصف العبد وقفاً ونصفه طلقاً فأعتق صاحب الطلق لم يسر عتقه إلى الوقف لأنه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى.

مسألة: قال: (وإذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة وإذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه).

وجملة ذلك: أن الوقف إذا كان شجراً فأثمر أو أرضاً فزرعت. وكان الوقف على قوم بأعيانهم فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصاب ففيه الزكاة. وبهذا قال مالك والشافعي. وروي عن طاوس ومكحول: لا زكاة فيه لأن الأرض ليست مملوكة لهم فلم تجب عليهم زكاة في الخارج منها كالمساكين.

ولنا: إنه استغل من أرضه أو شجره نصاباً فلزمته زكاته كغير الوقف يحققه أن الوقف الأصل والثمرة طلق والملك فيها تام له التصرف فيها بجميع التصرفات. وتورث عنه فتجب فيها الزكاة كالحاصلة من أرض مستأجرة له، وقولهم إن الأرض غير مملوكة له ممنوع. وإن سلمنا ذلك فهو مالك لمنفعتها. ويكفي ذلك في وجوب الزكاة بدليل الأرض المستأجرة، أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل في أيديهم سواء حصل في يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار أو لم يحصل. ولا زكاة عليهم قبل تفريقها. وإن بلغت نصباً لأن الوقف على المساكين لا يتعين لواحد منهم. بدليل أن كل واحد منهم يجوز حرمانه والدفع إلى غيره وإنما ثبت الملك فيه بالدفع والقبض. لما أعطيه من غلته ملكاً مستأنفاً فلم تجب عليه فيه زكاة كالذي يدفع إليه من الزكاة، وكما لو وهبه أو اشتراه. وفارق الوقف على قوم بأعيانهم، فإنه يعين لكل واحد منهم حق في نفع الأرض وغلتها. ولهذا يجب إعطاؤه ولا يجوز حرمانه.

فصل: ويصح الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبني هاشم وبني تميم وبني وائل ونحوهم، ويجوز الوقف على المسلمين كلهم وعلى أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق ونحوهم، ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته وأهل مدينته. وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم في غير المساكين وأشباههم. لأن هذا تصرف في حق الآدمي. فلم يصح مع الجهلة كما لو قال: وقفت على قوم.

ولنا: إن من صح الوقف عليه إذا كان عدده محصياً صح وإن لم يكن محصياً كالفقراء والمساكين وما ذكره يبطل بالوقف على الفقراء والمساكين. ومتى كان الوقف على من لا يمكن حصرهم فلا زكاة على واحد منهم فيما يصح له لما ذكرناه في المساكين ولا في جملة الوقف لما ذكرناه من قبل.

مسألة: قال: (وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب فوقفه غير جائز).

وجملته: أن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم والمطعوم والمشروب والشمع وأشباهه لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا شيئاً يحكى عن مالك والأوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز ولم يحكه أصحاب مالك وليس بصحيح لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك، وقيل في الدراهم والدنانير يصح وقفها على قول من أجاز إجارتها ولا يصح. لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر الثياب والغنم على دوس الطين والشمع ليتجمل به.

فصل: والمراد بالذهب والفضة ها هنا الدراهم والدنانير وما ليس بحلي. لأن ذلك هو الذي يتلف بالانتفاع به، أما الحلي: فيصح وقفه للبس والعارية لما روى نافع قال: ابتاعت حفصة حلياً بعشرين ألفاً فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته. رواه الخلال بإسناده، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائماً فصح وقفها كالعقار لأنه يصح تحبيس أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار وبهذا قال الشافعي. وقد روي عن أحمد أنه لا يصح وقفها، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه وذكره ابن أبي موسى إلا أن القاضي تأوله على أنه لا يصح الحديث فيه، ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الأصلي من الأثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم، والأول هو المذهب لما ذكرناه والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه وجوز إجارته لذلك ويفارق الدراهم والدنانير فإن العادة لم تجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسألتنا.

فصل: ولا يصح وقف الشمع لأنه يتلف بالانتفاع به فهو كالمأكول والمشروب ولا ما

يسرع إليه الفساد من المشمومات والرياحين وأشباهها لأنها تتلف على قرب من الزمان فأشبهت المطعوم. ولا وقف ما لا يجوز بيعه كأم الولد والمرهون والكلب والخنزير وسائر سباع البهائم التي لا تصلح للصيد وجوارح الطير التي لا يصاد بها لأنه نقل للملك فيها في الحياة فأشبه البيع. ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وما لا منفعة فيه لا يحصل فيه تسبيل المنفعة والكلب أبيح الانتفاع به على خلاف الأصل للضرورة فلم يجز التوسع فيها، والمرهون في وقفه إبطال حق المرتهن منه فلم يجز إبطاله، ولا يصح الوقف فيما ليس بمعين كعبد في الذمة ودار وسلاح. لأن الوقف إبطال لمعنى الملك فيه فلم يصح في عبد مطلق كالعتق.

فصل: قال أحمد فيمن وصى بفرس وسرج ولجام مفضض يوقف في سبيل الله فهو على ما وقف ووصى، وإن بيع الفضة من السرج واللجام وجعل في وقف مثله فهو أحب إليَّ لأن الفضة لا ينتفع بها ولعله يشتري بتلك الفضة سرجاً ولجاماً فيكون أنفع للمسلمين، فقيل له: تباع الفضة وتجعل في نفقته؟ قال: لا، فأباح أن يشتري بفضة السرج واللجام سرجاً ولجاماً لأنه صرف لها في جنس ما كانت عليه حين لم ينتفع بها فيه. فأشبه الفرس الحبيس إذا عطب فلم ينتفع به في الجهاد جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله ولم يجز إيقافها على الفرس لأنه صرف لها إلى غير جهتها.

مسألة: قال: (ويصح الوقف فيما عدا ذلك).

وجملة ذلك: أن الذي يجوز وقفه ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلاً يبقى بقاء متصلاً كالعقار والحيوانات والسلاح والأثاث وأشباه ذلك قال أحمد في رواية الأثرم: إنما الوقف في الدور والأرضين على ما وقف أصحاب رسول الله ﷺ، وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد لا بأس به وهذا قول الشافعي، وقال أبو يوسف لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا العروض إلا الكراع والسلاح والغلمان والبقر والآلة في الأرض الموقوفة تبعاً لها لأن الحيوان لا يقاتل عليه فلم يجز وقفه كما لو كان الوقف إلى مدة، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان.

ولنا: إن النبي ﷺ قال: «أما خالد فقد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله» متفق عليه، وفي رواية: «وأعتده» أخرجه البخاري قال الخطابي الاعتاد ما يعده الرجل من المركوب والسلاح وآلة الجهادوروي أن أم معقل جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ﷺ إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وإني أريد الحج أفأركبه؟ فقال رسول الله ﷺ: «اركبيه فإن الحج والعمرة من سبيل الله» ولأنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فصح وقفه كالعقار والفرس الحبيس ولأنه يصح وقفه مع غيره فصح وقفه وحده كالعقار.

فصل: قال أحمد رحمه الله في رجل له دار في الربض أو قطيعة فأراد التنزه منها قال يقفها قال القطائع ترجع إلى الأصل إذا جعلها للمساكين فظاهر هذا إباحة وقف السواد وهو في الأصل وقف ومعناه أن وقفها يطابق الأصل لا أنها تصير بهذا القول وقفاً.

مسألة: قال: (ويصح وقف المشاع).

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن لا يصح وبناه على أصله في أن القبض شرط وأن القبض لا يصح في المشاع.

ولنا: إن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره بوقفها وهذا صفة المشاع. ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً فجاز عليه مشاعاً كالبيع أو عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز ولا نسلم اعتبار القبض وإن سلمنا فإذا صح في البيع صح في الوقف.

فصل: وإن وقف داره على جهتين مختلفتين مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين نصفين أو أثلاثاً أو كيفما كان جاز، وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم لأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزأين، وإن أطلق الوقف فقال أوقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين فهي بينهما نصفين لأن إطلاق الإضافة إليهما تقتضي التسوية بين الجهتين ولا تتحقق التسوية إلا بالتنصيف وإن قال وقفتها على زيد وعمرو والمساكين فهي بينهم أثلاثاً.

فصل: فإن أريد تمييز الوقف عن المطلق بالقسمة فذلك مبني على القسمة هل هي بيع أو إفراز حق؟ والصحيح أنها إفراز حق فينظر فإن لم يكن فيها رد جازت القسمة، وإن كان فيها رد من جانب أصحاب الوقف جازت أيضاً لأنه شراء لشيء من المطلق، وإن كان من صاحب المطلق لم يجز لأنه شراء بعض الوقف وبيعه غير جائز. وإن كان المشاع وقفاً على جهتين فأراد أهله قسمته انبنى على ما ذكرنا ولم يجز فيها إذا كان فيها رد بحال ومتى جازت القسمة في الوقف وطلبها أحد الشريكين أو ولي الوقف أجبر الآخر لأن كل قسمة جازت من غير رد ولا ضرر فهي واجبة.

مسألة: قال: (وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل).

وجملة ذلك: أن الوقف لا يصح إلا على من يعرف كولده وأقاربه ورجل معين أو على بر كبناء المساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات وسبيل الله ولا يصح على غير معين كرجل وامرأة لأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والإجارة ولا على معصية كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل لأن ذلك معصية فإن هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكتب مبدلة منسوخة ولذلك غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوارة وقال: «أفي شك أنت يا ابن الخطاب؟ ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان موسى أخي حياً ما وسعه إلا اتباعي» ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه والوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها كالوقف عليها لأنه يراد لتعظيمها وسواء كان

الواقف مسلماً أو ذمياً، قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى: فلهم أخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً، وذلك لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي كالوقف على غير معين، فإن قيل فقد قلتم إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقوداً فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا إلينا لم ننقض ما فعلوه فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة وإنما هو إزالة للملك في الموقوف على وجه القربة فإذا لم يقع صحيحاً لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق.

وقد روي عن أحمد رحمه الله في نصراني أشهد في وصيته أن غلامه فلاناً يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه؟ قال: هو حر ويرجع على الغلام بأجرة خدمة مبلغ أربع سنين، وروي عنه قال: هو حر ساعة مات مولاه لأن هذه معصية وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله، ويحتمل أن قوله ويرجع عليه بخدمته أربع سنين لم يكن لصحة الوصية بل لأنه إنما أعتقه بعوض يعتقدان صحته وإذا تعذر العوض بإسلامه كان عليه ما يقوم مقامه كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم فإنه يجب عليه المهر كذا ها هنا يجب عليه العوض والأول أولى.

فصل: ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن وأم الولد والمدبر والميت والحمل والملك والجن والشياطين، قال أحمد فيمن وقف على مماليكه لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لأن الوقف تمليك فلا يصح على من لا يملك فإن قيل قد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها وهي لا تملك، قلنا الوقف على المسلمين إلا أنه عين في نفع خاص لهم. فإن قيل فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس ويكون الوقف على أهل الذمة قلنا الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعاً بل هي معصية محرمة يزادون بها عقاباً وإثماً بخلاف المساجد ولا يصح الوقف على العبد، وإن قلنا إنه يملك بالتمليك لأن الوقف يقتضي تحبيس الأصل والعبد لا يملك ملكاً لازماً. ولا يصح الوقف على المكاتب وإن كان يملك لأن ملكه غير مستقر، ولا على مرتد ولا حربي لأن أموالهم مباحة في الأصل ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة فما يتجدد لهم أولى والوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ لأنه تحبيس الأصل.

فصل: ويصح الوقف على أهل الذمة لأنهم يملكون ملكاً محترماً ويجوز أن يتصدق عليهم فجاز الوقف عليهم كالمسلمين. ويجوز أن يقف المسلم عليه لما روي أن صفية بنت حيي زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي ولأن من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم، ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضاً لأن الوقف عليهم لا على الموضع.

فصل: وينظر في الوقف من شرطه الواقف لأن عمر رضي الله عنه جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ثم إلى ذوي الرأي من أهلها ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف

فكذلك الناظر فيه فإن جعل النظر لنفسه جاز وإن جعله إلى غيره فهو لـه فإن لم يجعله لأحـد أو جعله لإنسان فمات نظر فيه الموقوف عليه لأنه ملكه ونفعه لـه فكان نـظره إليه كملكـه المطلق، ويحتمـل أن ينظر فيـه الحاكم اختـاره ابن أبي موسى ويحتمـل أن يكون الـوجهان مبنيـين على أن الملك هل ينتقل فيه إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى؟ فإن قلنا هو للمـوقوف عليـه فالنـظر فيه إليه لأنه ملكه عينه ونفعه، وإن قلنا هو لله فالحاكم ينوب فيه ويصرفه إلى مصـارفه لأن مـال الله فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين، كالوقف على المساكين وأما الوقف على المساكـين والمساجـد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم فالنظر فيه إلى الحاكم لأنه ليس له مالك متعين ينظر فيه وله أن يستنيب فيه لأن الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفســه، ومتى كان النـظر للموقـوف عليه إما بجعل الواقف ذلك له أو لكونه أحق بذلك عنـد عدم نـاظر سـواه وكان واحـداً مكلفاً رشيداً فهو أحق بذلك رجلاً كان أو امرأة عدلاً كان أو فاسقاً لأنه ينظر لنفسه فكـان له ذلـك في هـذه الأحوال كـالطلق، ويحتمـل أن يضم إلى الفاسق أمـين حفظاً لأصـل الوقف عن البيـع أو التضييـع، وإن كان الـوقف لجماعـة رشيدين فـالنظر للجميـع لكل إنسـان في نصيبه وإن كـان الموقوف عليه غير رشيد إما لصغر أو سفه أو جنون قام وليـه في النظر مقـامه كـما يقوم مقـامه في ماله المطلق، وإن كان النظر لغير الموقوف عليه أو لبعض الموقوف عليه بتولية الـواقف أو الحاكم لم يجز أن يكون إلا أميناً فإن لم يكن أميناً وكانت توليته من الحاكم لم تصح وأزيلت يده وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو ولاه وهو عدل وصار فاسقاً ضم إليه أمين ينحفظ به الوقف ولم تـزل يده، ولأنه أمكن الجمع بين الحقين ويحتمل أن لا يصح توليته وأنه ينعزل إذا فسق في أثناء ولايته لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق كما لو ولاه الحاكم وكما لـو لم يمكن حفظ الوقف منـه مع بقـاء ولايته على حق غيره فإنه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته فإن مراعـاة حفظ الوقف أهم من إبقاء ولاية الفاسق عليه.

فصل: ونفقة الـوقف من حيث شرط الواقف لأنـه لما اتبـع شرطه في سبيله وجب اتبـاع شرطه في نفقته فإن لم يمكن فمن غلته لأن الـوقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل نفعـه ولا يحصل ذلك إلا بالإنفاق عليه فكان ذلك من ضرورته، وإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لأنه ملكه ويحتمل وجوبها في بيت المال ويجوز بيعه على ما سلف بيانه.

كتاب الهبة والعطية

مسألة: قال: (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه).

وجملة ذلك: أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض. واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايرة فإن النبي ﷺ «كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة» وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة «هو عليها صدقة ولنا هدية» فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه ومحثوث إليه فإن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا» وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره وقد قال الله تعالى: ﴿إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُمْ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧١].

إذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو ثور: يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله عليه السلام: «العائد في هبته كالعائد في قيئه» ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق، وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف. ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع.

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم. فإن ما قلناه مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف فروى عروة عن عائشة رضي الله عنها «أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية» فلما مرض قال: يا بنية ما أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أحد أعز علي فقراً منك وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل».

وروى ابن عيينة عن الزهري عن عروة عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال: «ما بال أقوام ينحلون أولادهم فإذا مات أحدهم قال: ما لي وفي يدي وإذا مات هو قال: كنت نحلته ولدي؟ لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد فإن مات ورثه» وروى عثمان أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا صغاراً. قال المروذي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة، ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض فإن مالكاً يقول: لا يلزم الورثة التسليم والخبر محمول على المقبوض ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى فخالف التمليكات والوصية تلزم في حق الوارث والعتق إسقاط حق وليس بتمليك. ولأن الوقف والعتق لا يكون في محل النزاع في المكيل والموزون.

فصل: وقول الخرقي: «لا يصح» يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض فإن الملك حكم الهبة والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه، وأما صحته بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه، ولأنه قال في سياق المسألة «كما يصح في البيع» وقد تقرر في البيع أن المكيل والموزون صحيح قبل القبض وإنما ينتفي الضمان وإطلاقه في التصرفات وقوله: «ما يكال يوزن» ظاهره العموم في كل موزون ومكيل، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة. وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجحنا العموم.

فصل: والواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها وإن شاء رجع فيها ومنعها ولا يصح قبضها إلا بإذنه فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض، وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح، وإن لم يأذن له لأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لم يتم إلا بالقبض.

ولنا: إنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس أو كما لو نهاه عن قبضها. ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ولا يصح جعل الهبة إذناً في القبض بدليل ما بعد المجلس. ولو أذن الواهب في القبض ثم رجع عن الإذن أو رجع في الهبة صح رجوعه. لأن ذلك ليس بقبض، وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه لأن الهبة تمت.

فصل: وإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده ذكره القاضي في موت الواهب لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة. وقال أحمد في رواية أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه حتى مات فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها. وروي بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: «إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي مردودة علي فإن ردت فهي لك»

قالت: فكان ما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة. وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدى إليه رجعت إلى ورثة المهدي وليس للرسول حملها إلى المهدى إليه إلا أن يأذن له الوارث، ولو رجع المهدي في هديته قبل وصولها إلى المهدى إليه صح رجوعه فيها والهبة كالهدية.

وقال أبو الخطاب: إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن في القبض والفسخ وهذا ما يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع المشروط فيه الخيار وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله، وإن مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً. لأن العقد لم يتم فأشبه ما لو أوجب البيع فمات أحدهما قبل القبول من المشتري. وإذا قلنا: إن الهبة لا تبطل فمات أحدهما بعد الإذن في القبض بطل الإذن وجهاً واحداً. لأن الميت إن كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة إلى وارثه فلم يلزم بغير إذنه، وإن كان الموهوب له فلم يوجد الإذن لوارثه فلم يملك القبض بغير إذن.

فصل: وإن وهبه شيئاً في يد المتهب كوديعة أو مغصوب فظاهر كلام أحمد أن الهبة تلزم من غير قبض ولا مضي مدة يتأتى القبض فيها فإنه قال في رواية ابن منصور: إذا وهب لامرأته شيئاً ولم تقبضه فليس بينه وبينها خيار هي معه في البيت: فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ولا مضي مدة يتأتى فيها لكونها معه في البيت فيدها على ما فيه. وقال القاضي: لا بد من مضي مدة يتأتى فيها القبض. وقد روي عن أحمد رواية أخرى أنه يفتقر إلى إذن في القبض وقد مضى تعليل ذلك وتفصيله في الرهن. ومذهب الشافعي كمذهبنا في الاختلاف في اعتبار الإذن واعتبار مضي مدة يتأتى القبض فيها.

مسألة: قال: (ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع).

يعني أن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة في الجميع إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم قال المروذي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ويروى ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المسألة الأولى. ووجه الرواية الأولى أن الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك فأما حديث أبي بكر فلا يلزم فإن جذاذ عشرين وسقاً يحتمل أنه أراد به عشرين وسقاً مجذوذة فيكون مكيلاً غير معين وهذا لا بد فيه من القبض، وإن أراد نخلاً يجذ عشرين وسقاً فهو أيضاً غير معين ولا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنحلة وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد ولده

نحلة موقوفة على الموت فيظهر أني نحلت ولدي شيئاً ويمسكه في يده ويستغله فإذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التي أظهرها وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده شيئاً وهذا على الوجه محرم فنهاهم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده فإن مات ورثها ورثته كسائر ماله وإذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه على أنه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم.

فصل: قول الخرقي: إذا قبل يدل على أنه إنما يستغني عن القبض في موضع وجد فيه الإيجاب والقبول، والإيجاب أن يقول: وهبتك أو أهديت إليك أو أعطيتك أو هذا لك ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى. والقبول أن يقول: قبلت أو رضيت أو نحو هذا. وذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لا تصح كلها إلا بإيجاب وقبول، ولا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى لفظ وهذا اختيار ابن عقيل فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدى إليه، ويعطي ويعطى، ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشهوراً، وكان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر: «بعنيه» فقال: هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت» ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطاً لفعله النبي ﷺ وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله.

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان إذا أتي بطعام سأل عنه. فإن قالوا صدقة. قال لأصحابه كلوا ولم يأكل وإن قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم، ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل. وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله، ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك فاكتفي به. كما لو وجد الإيجاب والقبول.

قال ابن عقيل: إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى. لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا. فلا بد من قول دال عليه، أما مع قرائن الأحوال والدلائل. فلا وجه لتوقيفه على اللفظ. ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع. واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو إجارة وبيع أعيان فإذا اكتفينا بالمعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال. وأنها تنقل الملك من الجانبين. فلأن نكتفي به في الهبة أولى.

فصل: والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا حائل دونه. وفيما ينقل بالنقل وفي المشاع بتسليم الكل إليه فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب وكل الشريك في قبضه لك ونقله، فإن أبى نصب الحاكم من يكون في يده لهما. فينقله ليحصل القبض. لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك ويتم به عقد شريكه.

فصل: وتصح هبة المشاع. وبه قال مالك والشافعي. قال الشافعي سواء في ذلك ما أمكن قسمته. أو لم يمكن وقال أصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لأن القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه. فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه، وإن وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة. وجاز عند صاحبيه وإن وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع.

ولنا: إن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله ﷺ: «ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم» رواه البخاري وهذا هبة المشاع. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعت النبي ﷺ وقد جاءه رجل ومعه كبة[1] من شعر فقال أخذت هذه من المغنم لأصلح بردعة لي فقال النبي ﷺ: «ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك».

وروى عمرو بن سلمة الضمري قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقوراً فأردنا أخذه فقال رسول الله ﷺ: «دعوه فإنه يوشك أن يجيء صاحبه فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره. فقال يا رسول الله شأنكم الحمار فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يقسمه بين الناس» رواه الإمام أحمد والنسائي، ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ولأنه مشاع. فأشبه ما لا ينقسم، وقولهم إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح. فإنه لم يمنع صحته في البيع فكذا ها هنا، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون نصيب صاحبه.

فصل: ومتى قلنا إن القبض شرط في الهبة لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد. والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه وبهذا يقول أبو حنيفة والشافعي لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع، وإن وهب المغصوب لغاصبه أو لم يتمكن من أخذه منه صح. لأنه ممكن قبضه وليس لغير الغاصب القبض إلا بإذن الواهب. فإن وكل المالك الغاصب في تقبيضه صح، وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبل ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملكه المتهب وبرىء الغاصب من ضمانه. وإن قلنا: القبض ليس بشرط في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك احتمل أن لا يعتبر في صحته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور. لأنه تمليك بغير عوض أشبه الوصية، ويحتمل أن لا تصح هبته. لأنه لا يصح بيعه فلم تصح هبته كالحمل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء والسمك في الماء إذا كان مملوكاً.

فصل: ولا تصح هبة الحمل في البطن واللبن في الضرع. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي وأبو ثور: لأنه مجهول، معجوز عن تسليمه، وفي الصوف على الظهر وجهان بناء على

---

(١) الكبة: الخصلة المجتمعة من الشعر.

صحة بيعه، ومتى أذن له في جز الصوف وحلب الشاة كان إباحة، وإن وهب دهن سمسمه قبل عصره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح. وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي. ولا نعلم لهم مخالفاً ولا تصح هبة المعدوم كالذي تثمر شجرته أو تحمل أمته لأن الهبة عقد تمليك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع.

فصل: قال أحمد في رواية أبي داود وحرب لا تصح هبة المجهول، وقال في رواية حرب إذا قال شاة من غنمي يعني وهبتها لك لم يجز به قال الشافعي، ويحتمل أن الجهل إذا كان في حق الواهب منع الصحة لأنه غرر في حقه، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها لأنه غرر في حقه فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالموصى له وقال مالك: تصح هبة المجهول. لأنه تبرع فصح في المجهول كالنذر والوصية ووجه الأول أنه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية.

فصل: ولا يصح تعليق الهبة بشرط لأنها تمليك لمعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع فإن علقها على شرط كقول النبي ﷺ لأم سلمة: «إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك» كان وعداً، وإن شرط في الهبة شروطاً تنافي مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أن لا تهبه أو لا تبيعه أو بشرط أن تهبه أو تبيعه أو بشرط أن تهب فلاناً شيئاً لم يصح الشرط وفي صحة الهبة وجهان. بناء على الشروط الفاسدة في البيع، وإن وقت الهبة. فقال: وهبتك هذا سنة ثم يعود إلي لم يصح. لأنه عقد تمليك لعين فلم يصح مؤقتاً كالبيع.

فصل: وإن وهب أمة واستثنى ما في بطنها صح في قياس قول أحمد: فيمن أعتق أمة واستثنى ما في بطنها. لأنه تبرع بالأم دون ما في بطنها. فأشبه العتق. وبه يقول في العتق النخعي وإسحاق وأبو ثور وقال أصحاب الرأي: تصح الهبة ويبطل الاستثناء.

ولنا: إنه لم يهب الولد فلم يملك الموهوب له كالمنفصل وكالموصى به.

فصل: وإذا كان له في ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه. وإن رد ذلك فلم يقبله. لأنه إسقاط فلم يفتقر إلى القبول كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعتق والطلاق، وإن قال: تصدقت به عليك صح. فإن القرآن ورد في الإبراء بلفظ الصدقة، بقول الله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾ [النساء: ٩٣]. وإن قال عفوت لك عنه صح. لأن الله تعالى قال: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. يعني به الإبراء من الصداق. وإن قال: أسقطته عنك صح. لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له، وإن قال ملكتك إياه صح. لأنه بمنزلة هبته إياه.

فصل: فإن وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح وبه قال في البيع أبو حنيفة والثوري وإسحاق. قال أحمد: إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذي هو

عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة وإذا أقرضت رجلاً دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عرضاً بما لك عليه، وقال الشافعي: إن كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع. لأنه معجوز عن تسليمه وإن كان على مليء باذل له ففيه قولان:

أحدهما: يصح. لأنه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته ويشترط أن يشتريه بعين أو يتقايضان في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين.

ولنا: إنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق، فأما هبته فيحتمل أن لا تصح كالبيع ويحتمل أن تصح. لأنه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فصح كهبة الأعيان.

فصل: تصح البراءة من المجهول إذا لم يكن لهما سبيل إلى معرفته، وقال أبو حنيفة: تصح مطلقاً. وقال الشافعي: لا تصح إلا أنه إذا أراد ذلك قال أبرأتك من درهم إلى ألف. لأن الجهالة إنما منعت لأجل الغرر فإذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة.

ولنا: إن النبي ﷺ قال لرجلين اختصما إليه في مواريث درست: «اقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا» رواه أبو داود ولأنه إسقاط فصح في المجهول والطلاق وكما لو قال من درهم إلى ألف ولأن الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل إلى العلم بما فيها فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الإنسان عن أخيه المسلم وتبرئة ذمته فلم يجز ذلك كالمنع من العتق، وأما إن كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق خوفاً من أنه إذا علمه لم يسمح بإبرائه منه فينبغي أن لا تصح البراءة فيه لأن فيه تغريراً بالمشتري وقد أمكن التحرز منه، وقال أصحابنا لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لا شيء له عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان:

أحدهما: صحتها، لأنها صادفت ملكه فأسقطته كما لو علمها.

والثاني: لا تصح. لأنه أبرأه مما لا يعتقد أنه عليه فلم يكن ذلك إبراء في الحقيقة. وأصل الوجهين ما لو باع مالاً كان لموروثه يعتقد أنه باق لموروثه وكان موروثه قد مات وانتقل ملكه إليه فهل يصح؟ فيه وجهان وللشافعي قولان في البيع، وفي صحة الإبراء وجهان.

مسألة: قال: (ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بأمره).

وجملة ذلك: أن الطفل لا يصح قبضه لنفسه ولا قبوله لأنه ليس من أهل التصرف ووليه يقوم مقامه في ذلك فإن كان له أب أمين فهو وليه لأنه أشفق عليه وأقرب إليه، وإن مات أبوه الأمين وله وصي فوليه وصيه لأن الأب أقامه مقام نفسه فجرى مجرى وكيله، وإن كان الأب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصي فأمينه الحاكم ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه وكذلك وكيل الأب والوصي فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض إن احتيج إليه لأن ذلك قبول لما للصبي فيه حظ فكان إلى الولي كالبيع والشراء ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء. قال أحمد في رواية صالح في صبي وهبت له هبة أو

تصدق عليه بصدقة فقبضت الأم ذلك وأبوه حاضر فقال: لا أعرف للأم قبضاً ولا يكون إلا للأب وقال عثمان رضي الله عنه أحق من يجوز على الصبي أبوه وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً لأن القبض إنما يكون من المتهب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلا نيابة له، ويحتمل أن يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم لأن الحاجة داعية إلى ذلك فإن الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات فإن لم يصح قبض غيرهم له انسد باب وصولها إليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية فعلى هذا للأم القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم وإن كان الصبي مميزاً فحكمه حكم الطفل في قيام وليه مقامه لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ إلا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لأنه من أهل التصرف فإنه يصح بيعه وشراؤه بإذن الولي فها هنا أولى ولا يحتاج إلى إذن الولي ها هنا لأنه محض مصلحة ولا ضرر فيه فصح من غير إذن وليه كوصيته وكسب المباحات ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول لأن القبض يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على إذن وليه كقبضه لوديعته، وأما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشاشه واصطياده.

فصل: فإن وهب الأب لابنه شيئاً قام مقامه في القبض والقبول إن احتيج إليه قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبداً بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة، هذا قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروينا معنى ذلك عن شريح وعمر بن عبد العزيز، ثم إن كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني وقبضته له لأنه يغني عن القبول كما ذكرنا ولا يغني قوله قد قبلته لأن القبول لا يغني عن القبض، وإن كان مما لا يفتقر اكتفى بقوله قد وهبت هذا لابني ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول قال ابن عبد البر: أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض وأن الإشهاد فيها يغني عن القبض، وإن وليها أبوه لما رواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان قال: من نحل ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلة فأعلن ذلك وأشهد على نفسه فهي جائزة وإن وليها أبوه، وقال القاضي: لا بد في هبة الولد من أن يقول قد قبلته وهذا مذهب الشافعي لأن الهبة عندهم لا تصح إلا بإيجاب وقبول. وقد ذكرنا من قبل أن قرائن الأحوال ودلالتها تغني عن لفظ القبول ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكم لا معنى له مع مخالفته لظاهر حال النبي ﷺ وصحابته وليس هذا مذهباً لأحمد فقد قال في رواية حرب في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه وليس له ولد غيره فقال أحب إلي أن يقول عند الإشهاد قد
له فإن سها؟ قال: إذا كان مفرزاً رجوت فقد ذكر أحمد أنه يكتفي بقوله قد قبضته وأنه يرجو أن يكتفى مع التمييز بالإشهاد فحسب وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء، وقال بعض أصحابنا يكتفي بأحد لفظين إما أن يقول قد قبلته أو قبضته لأن القبول

يغني عن القبض وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه، ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وقال مالك: إن وهب له ما يعرف بعينه كالأثمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره لأن الأب قد يتلف ذلك ويتلف بغير سببه ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه فلا ينفع القبض شيئاً.

ولنا: إن ذلك مما لا تصح هبته فإذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له وجب أن تصح كالعروض.

فصل: وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه فقال أصحابنا: لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي ويقبض له ليكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع، بخلاف الأب فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض لكونه يجوز أن يبيع لنفسه، والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله فجاز له أن يتولى طرفيه كالأب، وفارق البيع فإنه لا يجوز أن يوكل من يشتري له ولأن البيع عقد معاوضة ومرابحة فيتهم في عقده لنفسه، والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها وهو ولي فيه فجاز أن يتولى طرق العقد كالأب ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي وهو ها هنا يعطي ولا يأخذ فلا وجه لمنعه من ذلك وتوقيفه على توكيل غيره، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغني بالإيجاب والإشهاد إلى القبض والقبول فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما.

فصل: فأما الهبة من الصبي لغيره فلا تصح سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن لأنه محجور عليه لحفظ نفسه فلم يصح تبرعه كالسفيه، وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا بإذن سيده لأنه مال لسيده وماله مال لسيده فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه كالأجنبي، وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده نص عليه أحمد لأنه تحصيل للمال للسيد فلم يعتبر إذنه فيه كالألفاظ وما وهبه لسيده لأنه من اكتسابه فأشبه اصطياده.

مسألة: قال: (وإذا فاضل بين ولده في العطية أمر برده كأمر النبي ﷺ).

وجملة ذلك: أنه يجب على الإنسان التسوية بين أولاده في العطية إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل فإن خص بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم فيها أثم ووجبت عليه التسوية بأحد أمرين إما رد ما فضل به البعض وإما إتمام نصيب الآخر قال طاوس: لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق وبه قال ابن المبارك، وروي معناه عن مجاهد وعروة وكان الحسن يكرهه ويجيزه في القضاء، وقال مالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ذلك جائز، وروي معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد والحسن بن صالح لأن أبا بكر رضي الله عنه نحل عائشة ابنته جذاذ عشرين وسقاً دون سائر ولده، واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير: «أشهد على هذا غير» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية تلزم بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم.

ولنا: ما روى النعمان بن بشير قال: تصدق علي أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ فجاء أبي رسول الله ﷺ ليشهده على صدقته فقال: «أكل ولدك أعطيت مثله؟» قال لا قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» قال فرجع أبي فرد تلك الصدقة، وفي لفظ قال «فأردده» وفي لفظ قال «فأرجعه» وفي لفظ «لا تشهدني على جور» وفي لفظ «فأشهد على هذا غيري» وفي لفظ «سوِ بينهم» وهو حديث صحيح متفق عليه وهو دليل على التحريم لأنه سماه جوراً وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والأمر يقتضي الوجوب ولأن بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها. وقول أبي بكر لا يعارض قول النبي ﷺ ولا يحتج به معه. ويحتمل أن أبا بكر رضي الله عنه خصها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله ﷺ وغير ذلك من فضائلها ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك، ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه لأن حمله على مثل محل النزاع منهي عنه وأقل أحواله الكراهة والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهات، وقول النبي ﷺ: «فأشهد على هذا غيري» ليس بأمر لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياه جوراً، وحمل الحديث على هذا حمل لحديث النبي ﷺ على التناقض والتضاد ولو أمر النبي ﷺ بإشهاد غيره امتثل بشير أمره ولم يرد وإنما هذا تهديد له على هذا فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه والله أعلم.

فصل: فإن خص بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس به إذا كان لحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة، والعطية في معناه ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل والتخصيص على كل حال لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته، والأول أولى إن شاء الله لحديث أبي بكر، ولأن بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية فجاز أن يختص بها كما لو اختص القرابة، وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها، وترك النبي ﷺ الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال، فإن قيل لو علم بالحال لما قال: «ألك ولد غيره؟» قلنا يحتمل أن يكون السؤال ها هنا لبيان العلة كما قال عليه السلام للذي سأله عن بيع الرطب بالتمر: «أينقص الرطب إذا يبس؟» قال نعم. قال: «فلا إذاً» وقد علم أن الرطب ينقص لكن نبه السائل بهذا على علة المنع من البيع كذا هاهنا.

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية وكراهة التفضيل، قال إبراهيم: كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى في القبل إذا ثبت هذا: فالتسوية المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وبهذا قال عطاء

وشريح وإسحاق ومحمد بن الحسن. قال شريح لرجل قسم ماله بين ولده: اردده إلى سهام الله تعالى وفرائضه. وقال عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى. وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك: تعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر لأن النبي ﷺ قال لبشير بن سعد: «سو بينهم» وعلل ذلك بقوله: «أيسرك أن يستووا في برك؟» قال: نعم قال: «فسو بينهم» والبنت كالابن في استحقاق برها وكذلك في عطيتها. وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت مؤثراً لآثرت النساء على الرجال» رواه سعيد في سننه. ولأنها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والأنثى كالنفقة والكسوة.

ولنا: إن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأولى ما اقتدى بقسمة الله، ولأن العطية في الحياة أحد حالي العطية فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين كحالة الموت يعني الميراث يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت فينبغي أن تكون على حسبه كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها وكذلك الكفارات المعجلة ولأن الذكر أحوج من الأنثى من قبل أنهما إذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الأولاد على الذكر، والأنثى لها ذلك فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته، وقد قسم الله تعالى الميراث ففضل الذكر مقروناً بهذا المعنى فتعلل به ويتعدى ذلك إلى العطية في الحياة. وحديث بشير قضية في عين وحكاية حال لا عموم لها وإنما ثبت حكمها فيما ماثلها ولا نعلم حال أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا؟ ولعل النبي ﷺ قد علم أنه ليس له إلا ولد ذكر ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى ويحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفته فإن القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى وهذا خبر عن جميعهم على أن الصحيح من خبر ابن عباس أنه مرسل.

فصل: وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ولا إعطاؤهم على قدر مواريثهم سواء كانوا من جهة واحدة كإخوة وأخوات وأعمام وبني عم أو من جهات كبنات وأخوات وغيرهم، وقال أبو الخطاب: المشروع في عطية الأولاد وسائر الأقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم فإن خالف وفعل فعليه أن يرجع ويعمهم بالنحلة لأنهم في معنى الأولاد فثبت فيهم مثل حكمهم.

ولنا: إنها عطية لغير الأولاد في صحته فلم تجب عليه التسوية كما لو كانوا غير وارثين ولأن الأصل إباحة تصرف الإنسان في ماله كيف شاء وإنما وجبت التسوية بين الأولاد بالخبر وليس غيرهم في معناهم لأنهم استووا في وجوب بر والدهم فاستووا في عطيته وبهذا علل النبي ﷺ حين قال: «أيسرك أن يستووا في برك؟» قال نعم قال: «فسو بينهم» ولم يوجد هذا في غيرهم ولأن للوالد الرجوع فيما أعطى ولده فيمكنه أن يسوي بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم ولا يمكن ذلك في غيرهم ولأن الأولاد لشدة محبة الوالد لهم وصرف ماله إليهم عادة يتنافسون في ذلك ويشتد عليهم تفضيل بعضهم ولا يساويهم في ذلك غيرهم فلا يصح قياسه

عليهم ولا نص في غيرهم ولأن النبي ﷺ قد علم لبشير زوجة ولم يأمره بإعطائها شيئاً حين أمره بالتسوية بين أولاده ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك؟.

فصل: والأم في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب لقول النبي ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» ولأنها أحد الوالدين فمنعت بالتفضيل كالأب، ولأن ما يحصل بتخصيص الأب بعض ولده من الحسد والعداوة يوجد مثله في تخصيص الأم بعض ولدها فثبت لها مثل حكمه في ذلك.

فصل: وقول الخرقي: أمر برده يدل على أن للأب الرجوع فيما وهب لولده وهو ظاهر مذهب أحمد سواء قصد برجوعه التسوية بين الأولاد أو لم يرد وهذا مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى ليس له الرجوع فيها وبها قال أصحاب الرأي والثوري والعنبري لقول النبي ﷺ: «العائد في هبته كالعائد في قيئه» متفق عليه، وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها رواه مالك في الموطأ ولأنها هبة يحصل بها الأجر من الله تعالى فلم يجز الرجوع فيها كصدقة التطوع.

ولنا: قول النبي ﷺ لبشير بن سعد «فاردده» وروي «فارجعه» رواه كذلك مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته، وأقل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك فرجع في هبته لولده ألا تراه قال في الحديث فرجع أبي فرد تلك الصدقة وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً يخالف ظاهر الحديث لقوله تصدق علي أبي بصدقة، وقول بشير إني نحلت ابني غلاماً يدل على أنه كان قد أعطاه، وقول النبي ﷺ: «فاردده» وقوله: «فارجعه» وروى طاوس عن ابن عمر وابن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ أنه قال: «ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده» رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا يخص عموم ما رواه ويفسره وقياسهم منقوض بهبة الأجنبي فإن فيها أجراً وثواباً فإن النبي ﷺ ندب إليها وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الوالد كمسألتنا، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة لقوله: تصدق علي أبي بصدقة.

فصل: وظاهر كلام الخرقي أن الأم كالأب في الرجوع في الهبة لأن قوله وإذا فاضل بين أولاده يتناول كل والد ثم قال في سياقه: أمر برده فيدخل فيه الأم وهذا مذهب الشافعي لأنها داخلة في قوله إلا الوالد فيما يعطي ولده ولأنها لما دخلت في قول النبي ﷺ: «سووا بين أولادكم» ينبغي أن يتمكن من التسوية، والرجوع في الهبة طريق في التسوية وربما تعين طريقاً فيها إذا لم يمكن إعطاء الآخر مثل عطية الأول ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث بشير بن سعد فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله لقوله: «فاردده» وقوله: «فارجعه» «ولأنها لما ساوت الأب في

تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به تخليصاً من الإثم وإزالة للتفضيل المحرم كالأب والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل؟ قال: ليس هي عندي في هذا كالرجل لأن للأب أن يأخذ من مال ولده، والأم لا تأخذ، وذكر حديث عائشة: «أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه» أي كأنه الرجل قال أصحابنا والحديث حجة لنا فإنه خص الوالد وهو بإطلاقه إنما يتناول الأب دون الأم والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده ويجوز جميع المال في الميراث والأم بخلافه، وقال مالك للأم الرجوع في هبة ولدها ما كان أبوه حياً فإن كأن ميتاً فلا رجوع لها لأنها هبة ليتيم وهبة اليتيم لازمة كصدقة التطوع ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع.

فصل: ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقة وهو قول الشافعي وفرق مالك وأصحاب الرأي بينهما فلم يجيزوا الرجوع في الصدقة بحال واحتجوا بحديث عمر من وهب هبة وأراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع.

ولنا: حديث النعمان بن بشير فإنه قال: تصدق علي أبي بصدقة وقال فرجع أبي فرد تلك الصدقة وأيضاً عموم قول النبي ﷺ: «لا الوالد فيما يعطي ولده» وهذا يقدم قول عمر ثم هو خاص في الوالد وحديث عمر عام فيجب تقديم الخاص.

فصل: وللرجوع في هبة الولد شروط أربعة:

أحدها: أن تكون باقية في ملك الابن فإن خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو إرث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها لأنه إبطال لملك غير الوالد وإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو إرث ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها لأنها عادت بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه فلا يملك فسخه وإزالته كالذي لم يكن موهوباً له، وإن عادت إليه بفسخ البيع لعيب أو إقالة أو فلس المشتري ففيه وجهان:

أحدهما: يملك الرجوع لأن السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الأول فأشبه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط.

والثاني: لا يملك الرجوع لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه فأشبه ما لو عاد إليه بهبة، فأما إن عاد إليه للفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع لأن الملك لم يستقر عليه.

فصل: الثاني: أن تكون العين باقية في تصرف الولد بحيث يملك التصرف في رقبتها فإن استولد الأمة لم يملك الأب الرجوع فيها لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها، وإن رهن العين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها لأن في ذلك إبطالاً لحق غير الولد فإن زال المانع من التصرف فله الرجوع لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع

بقاء الملك فمنع الرجوع فإذا زال المنع والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب وهو مذهب الشافعي وجماعة سواه، فأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه حكم المستأجر والمزوج.

وأما التدبير فالصحيح أنه لا يمنع البيع فلا يمنع الرجوع، وإن قلنا يمنع البيع منع الرجوع وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه والوطء والتزويج والإجارة والكتابة والتدبير إن قلنا لا يمنع البيع والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عقد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع لأنه لا يمنع تصرف الابن في رقبتها وكذلك العتق المعلق على صفة، وإذا رجع وكان التصرف لازماً كالإجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله لأن الابن لا يملك إبطاله فكذلك من انتقل إليه. وإن كان جائزاً كالوصية والهبة قبل القبض بطل لأن الابن يملك إبطاله.

وأما التدبير والعتق المعلق بصفة فلا يبقى حكمها في حق الأب، ومتى عاد إلى الابن عاد حكمها، فأما البيع الذي للابن فيه خيار إما لشرط أو عيب في الثمن أو غير ذلك فيمنع الرجوع لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ولم يثبت له ذلك من جهته، وإن وهبه الابن لابنه لم يملك الرجوع فيه لأن رجوعه إبطال لملك غير ابنه فإن رجع الابن في هبته احتمل أن يملك الأب الرجوع في هبته حينئذ لأنه فسخ هبته برجوعه فعاد إليه الملك بالسبب الأول ويحتمل أن لا يملك الأب الرجوع. لأنه رجع إلى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه فأشبه ما لو وهبه ابن الابن لأبيه.

فصل: الثالث: أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد فإن تعلقت بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئاً فيرغب الناس في معاملته وأدانوه ديوناً أو رغبوا في مناكحته فزوجوه إن كان ذكراً أو تزوجت الأنثى لذلك فعن أحمد روايتان:

أولاهما: ليس له الرجوع. قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب لابنه مالاً: فله الرجوع إلا أن يكون غر به قوماً فإن غر به فليس له أن يرجع فيها وهذا مذهب مالك لأنه تعلق به حق غير الابن ففي الرجوع إبطال حقه وقد قال عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار» وفي الرجوع ضرر ولأن في هذا تحيلاً على إلحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك.

والثانية: له الرجوع لعموم الخبر ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه.

فصل: الرابع: أن لا تزيد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة فإن زادت فعن أحمد روايتان:

إحداهما: لا تمنع الرجوع وهو مذهب الشافعي. لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة.

والثانية: تمنع وهو مذهب أبي حنيفة لأن الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ولم تنتقل

إليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الأصل لئلا يقتضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص، ولأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري ويفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشتري وقد رضي ببذل الزيادة، وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضاً بعرض فزاد أحدهما ووجد المشتري الآخر به عيباً، قلنا بائع المعيب سلط مشتريه على الفسخ ببيعه المعيب فكأن الفسخ وجد منه ولهذا قلنا فيما إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول لا صداق لها كما لو فسخته، وعلى هذا لا فرق بين الزيادة في العين كالسمن والطول ونحوهما أو في المعاني كتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن أو علم أو إسلام أو قضاء دين عنه وبهذا قال محمد بن الحسن: وقال أبو حنيفة: الزيادة بتعليم القرآن وقضاء الدين عنه لا تمنع الرجوع.

ولنا: إنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع كالسمن وتعلم الصنعة وإن زاد ببرئه من مرض أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات وإن كانت زيادة العين أو التعلم لا تزيد في قيمته شيئاً أو ينقص منها لم يمنع الرجوع لأن ذلك ليس بزيادة في المالية وأما الزيادة المنفصلة كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه والزيادة للولد لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع ها هنا. وذكر القاضي وجهاً آخر أنها للأب وهو بعيد فإن كانت الزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه وذلك محرم إلا أن نقول إن الزيادة المنفصلة للأب فلا يمنع الرجوع لأنه يرجع فيهما جميعاً أو يرجع في الأم ويتملك الولد من مال ولده.

فصل: وإن قصر العين أو فصلها فلم تزد قيمتها لم تمنع الرجوع لأن العين لم تزد ولا القيمة وإن زادت قيمتها فهي زيادة متصلة هل تمنع الرجوع أو لا؟ يبنى على الروايتين في السمنة ويحتمل أن تمنع هذه الزيادة الرجوع بكل حال لأنها حاصلة بفعل الابن فجرت مجرى العين الحاصلة بفعله بخلاف السمن فإنه يحتمل أن يكون للأب فلا يمنع الرجوع لأنه نماء العين فيكون تابعاً لها، وإن وهبه حاملاً فولدت في يد الابن فهي زيادة متصلة في الولد ويحتمل أن يكون الولد زيادة منفصلة إذا قلنا الحمل لا حكم له، وإن وهبه حاملاً ثم رجع فيها حاملاً جاز إذا لم تزد قيمتها وإن زادت قيمتها فهي زيادة منفصلة وإن وهبته حائلاً فحملت فهي زيادة منفصلة وله الرجوع فيها دون حملها. وإن قلنا إن الحمل لا حكم له فزادت به قيمتها فهي زيادة متصلة. وإن لم تزد قيمتها جاز الرجوع فيها، وإن وهبه نخلاً فحملت فهي قبل التأبير زيادة متصلة وبعده زيادة منفصلة.

فصل: وإن تلف بعض العين أو نقصت قيمتها لم يمنع الرجوع فيها ولا ضمان على الابن فيما تلف منها لأنها تتلف على ملكه وسواء تلف بفعل الابن أو بغير فعله، وإن جنى العبد جناية تعلق أرشها برقبته فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه وللأب الرجوع فيه فإن رجع فيه ضمن

أرش الجناية، وإن جنى على العبد فرجع الأب فيرجع الأب فيه فأرش الجناية عليه للابن لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة فإن قيل فلو أراد الأب الرجوع في الرهن وعليه فكاكه لم يملك ذلك فكيف ملك الرجوع في العبد الجاني إذا أدى أرش جنايته؟ قلنا: الرهن يمنع التصرف في العين بخلاف الجناية ولأن فك الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له وها هنا لم يتعلق الحق به من جهة العقد فافترقا.

فصل: والرجوع في الهبة أن يقول قد رجعت فيها أو ارتجعتها أو ارتددتها أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع ولا يحتاج إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض لأن ملك الموهوب له مستقر.

ولنا: إنه خيار في فسخ عقد فلم يفتقر إلى قضاء كالفسخ بخيار الشرط. فأما إن أخذ ما وهبه لولده، فإن نوى به الرجوع كان رجوعاً والقول قوله في نيته: وإن لم يعلم هل نوى الرجوع أو لا وكان ذلك بعد موت الأب فإن لم توجد قرينة تدل على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعاً. لأن الأخذ يحتمل الرجوع وغيره فلا نزيل حكماً يقيناً بأمر مشكوك فيه. وإن اقترنت به قرائن دالة على الرجوع فيه وجهان:

أحدهما: يكون رجوعاً اختاره ابن عقيل لأننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال ففي الفسخ أولى. ولأن لفظ الرجوع إنما كان رجوعاً لدلالته عليه فكذلك كلما دل عليه والآخر لا يكون رجوعاً وهو مذهب الشافعي. لأن الملك ثابت للموهوب له يقيناً فلا يزول إلا بالصريح، ويمكن أن يبنى هذا على نفس العقد فمن أوجب الإيجاب والقبول فيه لم يكتف ها هنا إلا بلفظ يقتضي زواله، ومن اكتفى في العقد بالمعاطاة الدالة على الرضا به فهاهنا أولى، وإن نوى الرجوع من غير فعل ولا قول لم يحصل الرجوع وجهاً واحداً: لأنه إثبات الملك على مال مملوك لغيره فلم يحصل بمجرد النية كسائر العقود، وإن علق الرجوع بشرط فقال إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة لم يصح لأن الفسخ للعقد لا يقف على شرط كما لا يقف العقد عليه.

مسألة: قال: (فإن مات ولم يردده فقد ثبت لمن وهب له إذا كان ذلك في صحته).

يعني إذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع. هذا المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم والميموني وهو اختيار الخلال وصاحبه أبي بكر وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وفيه رواية أخرى عن أحمد أن لسائر الورثة أن يرتجعوا ما وهبه اختاره ابن بطة وأبو حفص العكبريان وهو قول عروة بن الزبير وإسحاق، وقال أحمد: عروة قد روى الأحاديث الثلاثة حديث عائشة وحديث عمر وحديث عثمان وتركها وذهب إلى حديث النبي ﷺ: «يرد في حياة الرجل وبعد موته» وهذا قول إسحاق إلا أنه قال: إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم لا يسع أن ينتفع أحد بما أعطى دون إخوته وأخواته. لأن النبي ﷺ سمى ذلك جوراً بقوله: «لا تشهدني على جور» والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطي تناوله

والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراماً فيجب رده. ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد أن يرد قسمة أبيه حين ولد له ولد ولم يكن علم به ولا أعطاه شيئاً وكان ذلك بعد موت سعد، فروى سعيد بإسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج إلى الشام فمات بها ثم ولد بعد ذلك ولد فمشى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما إلى قيس بن سعد فقالا إن سعداً قسم ماله ولم يدر ما يكون، وإنا نرى أن ترد هذه القسمة فقال قيس: لم أكن لأغير شيئاً صنعه سعد ولكن نصيبي له وهذا معنى الخبر، ووجه القول الأول قول أبي بكر رضي الله عنه لعائشة لما نحلها نحلاً وددت لو أنك كنت حزتيه فدل على أنها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع، وكذلك قول عمر لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد ولأنها عطية لولده فلزمت بالموت كما لو انفرد» وقوله: إذا كان ذلك في صحته يدل على أن عطيته في مرض موته لبعض ورثته لا تنفذ. لأن العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية في أنها تعتبر من الثلث إذا كانت لأجنبي إجماعاً فكذلك لا تنفذ في حق الوارث. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا، هذا مذهب المديني والشافعي والكوفي، فإن أعطى أحد بنيه في صحته ثم أعطى الآخر في مرضه فقد توقف أحمد فيه فإنه سئل عمن زوج ابنه فأعطى عنه الصداق ثم مرض الأب وله ابن آخر هل يعطيه في مرضه كما أعطى الآخر في صحته فقال لو كان أعطاه في صحته، فيحتمل وجهين:

أحدهما: لا يصح، لأن عطيته في مرضه كوصيته ولو وصى له لم يصح فكذلك إذا أعطاه.

والثاني: يصح، لأن التسوية بينهما واجبة ولا طريق لها في هذا الموضع إلا بعطية الآخر فتكون واجبة فتصح كقضاء دينه.

فصل: قال أحمد: أحب أن لا يقسم ماله ويدعه على فرائض الله تعالى. لعله أن يولد له فإن أعطى ولده ماله ثم ولد له فأعجب إلى أن يرجع فيسوي بينهم يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعوه إلى هذا الولد الحادث ليساوي إخوته، فإن كان هذا الولد الحادث بعد الموت لم يكن له الرجوع على إخوته، لأن العطية لزمت بموت أبيه إلا على الرواية الأخرى التي ذهب إليها أبا عبد الله بن بطة، ولا خلاف في أنه يستحب من أعطى أن يساوي أخاه في عطيته ولذلك أمر أبو بكر وعمر رضي الله عنهما قيس بن سعد برد قسمه أبيه ليساووا المولود الحادث بعد موت أبيه.

فصل: وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ويتملكه مع حاجة الأب إلى ما يأخذه، ومع عدمها صغيراً كان الولد أو كبيراً بشرطين:

أحدهما: أن لا يجحف بالابن ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً تعلقت به حاجته.

الثاني: أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر. نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن

سعيد وذلك لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى.

وقد روي أن مسروقاً زوج ابنته بصداق عشرة آلاف فأخذها وأنفقها في سبيل الله وقال للزوج جهز امرأتك، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته، لأن النبي ﷺ قال: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا» متفق عليه. وروى الحسن أن النبي ﷺ قال: «كل أحد أحق بكسبه من والده وولده والناس أجمعين» رواه سعيد في سننه وهذا نص. وروي أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه» رواه الدارقطني ولأن ملك الابن تام على مال نفسه فلم يجز انتزاعه منه كالذي تعلقت به حاجته.

ولنا: ما روت عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم» أخرجه سعيد والترمذي وقال حديث حسن. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن أبي احتاج مالي فقال: «أنت ومالك لأبيك» رواه الطبراني في معجمه مطولاً ورواه غيره وزاد إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم، وروى محمد بن المنكدر والمطلب بن حنطب قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إن لي مالاً وعيالاً ولأبي مال وعيال وأبي يريد أن يأخذ مالي. فقال النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» أخرجه سعيد في سننه، ولأن الله تعالى جعل الولد موهوباً لأبيه فقال: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾ [الأنعام: ٨٤]. وقال: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىٰ﴾ [الأنبياء: ٩٠]. وقال زكريا: ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾ [مريم: ٥]. وقال إبراهيم: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ [إبراهيم: ٣٩]. وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله كعبده.

وقال سفيان بن عيينة في قوله: ﴿وَلَا عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ﴾ [النور: ٦١]. ثم ذكر بيوت سائر القرابات إلا الأولاد لم يذكرهم لأنهم دخلوا في قوله: ﴿بُيُوتِكُمْ﴾. فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوت أولادهم، ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية فكان له التصرف فيه كمال نفسه، وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها فإن النبي ﷺ جعل مال الابن مالاً لأبيه بقوله: «أنت ومالك لأبيك» فلا تنافي بينهما، وقوله: «أحق به من والده وولده» مرسل ثم هو يدل على ترجيح حقه على حقه لا على نفي الحق بالكلية والولد أحق من الوالد بما تعلقت به حاجته.

فصل: وليس للوالد مطالبة أبيه بدين عليه وبه قال الزبير بن بكار وهو مقتضى قول سفيان بن عيينة، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ذلك. لأنه دين ثابت فجازت المطالبة كغيره.

ولنا: إن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديناً عليه فقال: «أنت ومالك لأبيك» رواه أبو محمد الخلال بإسناده وروى الزبير بن بكار في كتاب الموفقيات بإسناده أن رجلاً استقرض من ابنه مالاً فحبسه فأطال حبسه فاستعدى عليه الابن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذكر قصته في شعر فأجابه أبوه بشعر أيضاً فقال علي رضي الله عنه:

قد سمع القاضي ومن ربي الفهم المال للشيخ جزاء بالنعم
يأكله برغم أنف من رغم من قال قولاً غير ذا فقد ظلم
وجار في الحكم وبئس ما جرم

قال الزبير: إلى هذا نذهب، ولأن المال أحد نوعي الحقوق فلم يملك مطالبة أبيه بها كحقوق الأبدان ويفارق الأب غيره بما ثبت له من الحق على ولده، وإن مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لم يملكوا مطالبة الأب به. لأن موروثهم لم يكن له المطالبة فهم أولى، وإن مات الأب رجع الابن في تركته بدينه. لأن دينه لم يسقط عن الأب، وإنما تأخرت المطالبة. وقد روي عن أحمد أنه قال: إذا مات الأب بطل دين الابن وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه فليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده وما أصابت من المهر من شيء بعينه أخذته وتأول بعض أصحابنا كلامه على أن له ما أخذه على سبيل التمليك ويحتمل أن يكون أخذه له وإنفاقه إياه دليلاً على قصد التمليك فيثبت الملك بذلك الأخذ والله أعلم.

فصل: وإن تصرف الأب في مال الابن قبل تملكه لم يصح تصرفه نص عليه أحمد فقال: لا يجوز عتق الأب لعبد ابنه ما لم يقبضه، فعلى هذا لا يصح إبراؤه من دينه ولا هبته لماله ولا بيعه له وذلك لأن ملك الابن تام على مال نفسه يصح تصرفه فيه ويحل له وطء جواريه ولو كان الملك مشتركاً لم يحل له الوطء كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة وإنما للأب انتزاعه منه كالعين التي وهبها أياه فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه لأنه يتصرف في ملك غيره بغير ولاية، وإن كان الابن صغيراً لم يصح أيضاً لأنه لا يملك التصرف بما لا حظ للصغير فيه وليس من الحظ إسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله.

فصل: قال أحمد بين الرجل وبين ولده رباً لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام، وقال: لا يطأ جارية الابن إلا أن يقبضها يعني يتملكها وذلك لأنه إذا وطئها قبل تملكها فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين وإن تملكها لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها لأنه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه كما لو اشتراها، وإن كان الابن قد وطئها لم تحل له بحال وإن وطئها قبل تملكه كان محرماً من وجهين:

أحدهما: أنه وطئها قبل ملكها.

والثاني: أنه وطئها قبل استبرائها، وإن كان الابن وطئها حرمت بوجه ثالث وهي أنها صارت بمنزلة حليلة ابنه فإن فعل فلا حد عليه لشبهة الملك فإن النبي ﷺ أضاف مال الولد إلى

أبيه فقال: «أنت ومالك لأبيك» وإن ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لأنه من وطء انتفى عنه الحد للشبهة وتصير أم ولد وليس للابن مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهرها. وهل يعزر؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: يعزر لأنه وطيء وطأ محرماً أشبه ما لو وطيء جارية مشتركة بينه وبين غيره.

والثاني: لا يعزر لأنه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله.

فصل: وليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه لأن الخبر ورد في الأب بقوله: «أنت ومالك لأبيك» ولا يصح قياس غير الأب ولاية على ولده وماله إذا كان صغيراً وله شفقة تامة وحق متأكد ولا يسقط ميراثه بحال والأم لا تأخذ لأنها لا ولاية لها والجد أيضاً لا يلي على مال ولد ابنه وشفقته قاصرة عن شفقة الأب ويحجب به في الميراث وفي ولاية النكاح وغيرها من الأقارب والأجانب ليس لهم الأخذ بطريق التنبيه لأنه إذا امتنع الأخذ في حق الأم والجد مع مشاركتهما للأب في بعض المعاني فغيرهما مما لا يشارك الأب في ذلك أولى.

مسألة: قال: (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته وإن لم يثب عليها).

يعني وإن لم يعوض عنها وأراد من عدا لأب لأنه قد ذكر أن للأب الرجوع بقوله أمر برده فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته وبهذا قال الشافعي وأبو ثور. وقال النخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع ما لم يثب عليها ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، واحتجوا بما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها» رواه ابن ماجة في سننه وبقول عمر، ولأنه لم يحصل له عنها عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية.

ولنا: قول النبي ﷺ: «العائد في هبته كالعائد في قيئه» وفي لفظ «كالكلب يعود في قيئه» وفي رواية «أنه ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه» متفق عليه وأيضاً قول النبي ﷺ: «ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده» وقد ذكرناه. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن نبي الله ﷺ قال: «لا يرجع واهب في هبته إلا الوالد فيما يعطي ولده» ولأنه واهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته كذي الرحم المحرم. وأحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى. وقول عمرو قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه وأما العارية فإنما هي هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها فإن قبضوا باستيفائها فنظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يجوز الرجوع فيها.

فصل: فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوي رحمه المحرم غير ولده لا رجوع فيه، وكذلك ما وهب الزوج لامرأته والخلاف فيما عدا هؤلاء فعندنا لا يرجع إلا الوالد وعندهم لا يرجع إلا الأجنبي، فأما هبة المرأة لزوجها فعن أحمد فيه روايتان:

إحداهما: لا رجوع لها فيها وهذا قول عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعة ومالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وهو قول عطاء وقتادة.

والثانية: لها الرجوع. قال الأثرم: سمعت أحمد يسأل عن المرأة تهب ثم ترجع فرأيته يجعل النساء غير الرجال ثم ذكر الحديث «إنما يرجع في المواهب النساء وشرار الأقوام» وذكر حديث عمر «أن النساء يُعطين أزواجهن رغبة ورهبة وأيما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به» رواه الأثرم بإسناده وهذا قول شريح والشعبي وحكاه الزهري عن القضاة، وعن أحمد رواية أخرى ثالثة نقلها أبو طالب إذا وهبت له مهرها فإن كان سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت لأنها لا تهب إلا مخافة غضبه أو إضرار بها بأن يتزوج عليها وإن لم يكن سألها وتبرعت به فهو جائز فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسألته لها أو غضبه عليها أو ما يدل على خوفها منه فله الرجوع لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسها وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ [النساء: ٤]. وظاهر كلام الخرقي الرواية الأولى وهو اختيار أبي بكر لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وقال تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾ [النساء: ٤]. وعموم الأحاديث التي قدمناها.

فصل: ولا يجوز للمتصدق الرجوع في صدقته في قولهم جميعاً لأن عمر قال في حديثه: «من وهب هبة على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها مع عموم أحاديثنا فاتفق دليلهم ودليلنا فلذلك اتفق قولهم وقولنا.

فصل: والهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً سواء كانت من الإنسان لمثله أو دونه أو أعلى منه وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في الهبة لمثله أو دونه كقولنا: فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان:

أحدهما: أنها تقتضي الثواب وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه: ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها.

ولنا: إنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثواباً كهبة المثل والوصية وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس، فإن عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضاً أيهما أصاب عيباً لم يكن له الرد، وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له ببدلها فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً صح نص عليه أحمد لأنه تمليك بعوض معلوم فهو كالبيع. وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك وثبوت الخيار والشفعة وبهذا قال أصحاب الرأي ولأصحاب الشافعي قول إنه لا يصح. لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها.

ولنا: إنه تمليك بعوض فصح ما لو قال ملكتك هذا بدرهم فإنه لو أطلق التمليك كان هبة وإذا ذكر العوض صار بيعاً، وقال أبو الخطاب، وقد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في

هذا حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به، فأما إن شرط ثواباً مجهولاً لم يصح وفسدت الهبة وحكمها حكم البيع الفاسد بردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه نماء ملك الواهب» وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي وأبي ثور، وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنها تصح فإذا أعطاه عنها عوضاً رضيه لزم العقد بذلك فإنه قال في رواية محمد بن الحكم إذا قال الواهب هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع إذا لم يثبه لأنه شرط، وقال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا وهب له على وجه الإثابة فلا يجوز إلا أن يثيبه عنها فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه فإن لم يفعل فللواهب الرجوع ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها، والأول أصح. لأن هذا بيع فيعتبر فيه التراضي إلا أنه بيع بالمعاطاة فإذا عوضه عوضاً رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها وإن لم يحصل التراضي لم تصح لعدم العقد فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة مع التراضي، والأصل في هذا قول عمر رضي الله عنه من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها. وروي معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثواباً.

وقد روى أبو هريرة أن أعرابياً وهب للنبي ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثاً فأبى فزاده ثلاثاً فأبى فزاده ثلاثاً فلما كملت تسعاً قال: رضيت، فقال النبي ﷺ: «لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي» من المسند، قال أحمد: إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثبه منها فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه إلا أن يكون ثوباً لبسه أو غلاماً استعمله أو جارية استخدمها فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه.

مسألة: قال: (وإذا قال داري لك عمرى أو هي لك عمرك فهي له ولورثته من بعده).

العمرى والرقبى نوعان من الهبة يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره، وصورة العمرى أن يقول الرجل أعمرتك داري هذه أو هي لك عمرى أو ما عاشت أو مدة حياتك أو ما حييت أو نحو هذا. سميت عمرى لتقييدها بالعمر والرقبى: أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك إن مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك فكأنه يقول هي لآخرنا موتاً وبذلك سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وكلاهما جائز في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن بعضهم أنها لا تصح لأن النبي ﷺ قال: «لا تعمروا ولا ترقبوا».

ولنا: ما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، فأما النهي فإنما ورد على سبيل الإعلام لهم أنكم إن أعمرتم أو أرقبتم يعد للمعمر والمرقب ولم يعد إليكم منه شيء. وسياق الحديث يدل

عليه فإن قال: «فمن أعمر عمرى فهي لمن أعمرها حياً وميتاً وعقبه» ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها فإن النهي إنما يمنع صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة. أما إذا كان صحة المنهي عنه ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحته كالطلاق في زمن الحيض وصحة العمرى ضرر على المعمر فإن ملكه يزول بغير عوض. إذا ثبت هذا فإن العمرى تنقل الملك إلى المعمر وبهذا قال جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاوس والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي.

وقال مالك والليث العمرى تمليك المنافع لا تملك بها رقبة المعمر بحال، ويكون للمعمر السكنى فإذا مات عادت إلى المعمر، وإن قال له ولعقبه كان سكناها لهم فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر واحتجا بما روى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال: سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمرى ما يقول الناس فيها؟ فقال القاسم: ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا، وقال إبراهيم بن إسحاق الحربي عن ابن الأعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى والإفقار[1] والإحبال والمنحة والعرية والعارية والسكنى والإطراق إنها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ولأن التمليك لا يتأقت كما لو باعه إلى مدة فإذا كان لا يتأقت حمل قوله على تمليك المنافع لأنه يصح توقيته.

ولنا: ما روى جابر قال: قال النبي ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً ولعقبه» رواه مسلم. وفي لفظ «قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له» متفق عليه. وروى ابن ماجة عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا رقبى فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته» وعن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ جعل العمرى للوارث.

وقد روى مالك حديث العمرى في موطئه وهو صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وزيد بن ثابت وأبو هريرة وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ولا يصح أن يدعي إجماع أهل المدينة لكثرة من قال بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان وقول ابن الأعرابي إنها عند العرب تمليك المنافع لا يضر إذا نقلها الشرع إلى تمليك الرقبة كما نقل الصلاة من الدعاء إلى الأفعال المنظومة، ونقل الظهار والإيلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة، قولهم إن التمليك لا يتأقت قلنا فلذلك أبطل الشرع تأقيتها وجعلها تمليكاً مطلقاً.

فصل: إذا شرط في العمرى أنها للمعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعمر ورثته وهذا قول جميع القائلين بها وإذا أطلقها فهي للمعمر وورثته أيضاً لأنها تمليك للرقبة فأشبهت الهبة فإن شرط أنك إذا مت فهي لي فعن أحمد روايتان:

---

(١) الإفقار: إعارة البعير للركوب، والإحبال: إباحة الفحل ليطرق الإناث، والعرية: النخلة يباح ما عليها، والإطراق: إعارة الفحل للضراب.

إحداهما: صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر وبه قال القاسم بن محمد وزيد بن قسيط والزهري ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب ومالك وأبي ثور وداود وهو أحد قولي الشافعي لما روى جابر قال: إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك، فأما إذا قال هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها. متفق عليه. وروى مالك في موطئه عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاها» لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث: وقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم.

والرواية الثانية: أنها تكون للمعمر ولورثته ويسقط الشرط، وهذا قول الشافعي الجديد وقول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب للأحاديث المطلقة التي ذكرناها وقول رسول الله ﷺ: «لا رقبى فمن أرقب شيئاً فهو له في حياته وموته» وقال مجاهد الرقبى أن يقول هي للآخر مني ومنك موتاً.

وروى الإمام أحمد بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته وموته» وهذا صريح في إبطال الشرط لأن الرقبى يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله. وأما حديثهم الذي احتجوا به فمن قول جابر نفسه وأما نقل لفظ النبي ﷺ قال: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً ولعقبه» ولأنا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبة مؤقتة والهبة لا يجوز فيها ولم يفسدها الشرط لأنه ليس بشرط على المعمر وإنما شرط ذلك على ورثته ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر فيه، وأما قوله في الحديث الآخر إنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن كذلك رواه ابن أبي ذئب وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي ﷺ إنه قضى فيمن أعمر عمرى له ولعقبه فهي له بتلة[1] لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مثنوية[2]. قال أبو سلمة: لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

فصل: والرقبى هي أن يقول هذا لك عمرك فإن مت قبلي رجع إلي وإن مت قبلك فهو لك ومعناه هي لآخرنا موتاً وكذلك فسرها مجاهد سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، وقد روي عن أحمد أنه قال: هي أن يقول هي لك حياتك فإذا مت فهي لفلان أو هي راجعة إلي والحكم فيها على ما تقدم ذكره وأنها كالعمرى إذا شرط عودها إلى المعمر، وقال علي رضي الله عنه العمرى والرقبى سواء. وقال طاوس من أرقب شيئاً فهو على سبيل الميراث، وقال الزهري الرقبى وصية يعني أن معناها إذا مت فهذا لك، وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبى باطلة لما روي أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبى ولأن معناها أنها للآخر منا وهذا تمليك معلق بخطر، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر.

---

(١) بتلة: أي مقطوعة.
(٢) أي استثناء.

ولنا: ما رويناه من الأخبار، وحديثهم لا نعرفه ولا نسلم أن معناها ما ذكروه بل معناها أنها لك حياتك فإن مت رجعت إلي فتكون كالعمرى سواء إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب، إن مات المرقب قبله وهذا يبين تأكيدها على العمرى.

فصل: وتصح العمرى في غير العقار من الحيوان والثياب لأنها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات، وقد روي عن أحمد في الرجل يعمر الجارية فلا أرى له وطأها قال القاضي لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها لكن على طريق الورع لأن الوطء استباحة فرج وقد اختلف في صحة العمرى وجعلها بعضهم تمليك المنافع فلم يـر له وطأها لهذا ولو وطئها كان جائزاً.

فصل: وإن وقت الهبة إلى غير العمرى والرقبى فقال وهبتك هذا لسنة أو إلى أن يقدم الحاج أو إلى أن يبلغ ولدي أو مدة حياة فلان ونحو هذا لم يصح لأنها تمليك للرقبة فلم تصح مؤقتة كالبيع وتفارق العمرى والرقبى لأن الإنسان إنما يملك الشيء عمره فإذا ملكه عمره فقد وقته بما هو مؤقت به في الحقيقة فصار ذلك كالمطلق، وإن شرط رجوعها إليه بعد ذلك كان شرطاً على غير الموهوب له بخلاف غيره.

مسألة: قال: (وإن قال سكناها لك عمرك كان له أخذها أي وقت أحب لأن السكنى ليست كالعمرى والرقبى).

أما إذا قال سكنى هذه الدار لك عمرك أو اسكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم لأنه في التحقيق هبة المنافع، والمنافع إنما تستوفى بمضي الزمان شيئاً فشيئاً فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى وللمسكن الرجوع متى شاء وأيهما مات بطلت الإباحة وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وروي معنى ذلك عن حفصة، وقال الحسن وعطاء وقتادة هي كالعمرى تكون له ولعقبه لأنها في معنى العمرى فيثبت فيها مثل حكمها، وحكي عن الشعبي أنه إذا قال هي لك اسكن حتى تموت فهي له حياته وموته وإن قال داري هذه اسكنها حتى تموت فإنها ترجع إلى صاحبها لأنه إذا قال هي لك فقد جعل له رقبتها فتكون عمرى فإذا قال اسكن داري هذه فإنما جعل له نفعها دون رقبتها فتكون عارية.

ولنا: إن هذا إباحة المنافع فلم يقع لازماً كالعارية وفارق العمرى فإنها هبة للرقبة، فأما إذا قال هذه لك اسكنها حتى تموت فإنه يحتمل لك سكناها حتى تموت وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى فأشبه ما لو قال هذه لك سكناها، وإذا احتمل أن يريد به الرقبة واحتمل أن يريد السكنى فلا نزيل ملكه بالاحتمال.

فصل: إذا وهب هبة فاسدة أو باع بيعاً فاسداً ثم وهب تلك العين أو باعها بعقد

صحيح مع علمه بفساد الأول صح العقد الثاني لأنه تصرف في ملكه عالماً بأنه ملكه، وإن كان يعتقد صحة العقد الأول ففي صحة الثاني وجهان:

أحدهما: صحته لأن تصرفه صادف ملكه وتم بشروطه فصح كما لو علم فساد الأول.

والثاني: لا يصح، لأنه تصرف تصرفاً يعتقد فساده ففسده كما لو صلى يعتقد أنه محدث فبان متطهراً وهكذا لو تصرف في عين يعتقد أنها لأبيه فبان أنه قد مات وملكها بالميراث أو غصب عينها فباعها يعتقدها مغصوبة فبان أنها ملكه فعلى الوجهين قال القاضي: أصل الوجهين من باشر امرأة بطلاق يعتقدها أجنبية فبانت امرأته أو واجه بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمته ففي وقوع الطلاق والحرية روايتان وللشافعية في هذه المسائل وجهان كما حكينا والله أعلم.

كتاب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره، قال الخليل بن أحمد: اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط لأن ما جاء على فعله فهو اسم للفاعل كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزأة واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والهزأة الذي يهزأ به. وقال الأصمعي وابن الأعرابي والفراء هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضاً والأصل في اللقطة ما روى زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه» وسأله عن ضالة الإبل فقال: «ما لك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها» وسأله عن الشاة فقال: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» متفق عليه. والوكاء الخيط الذي يشد به المال في الخرقة والعفاص الوعاء الذي هي فيه من خرقة أو قرطاس أو غيره. قاله أبو عبيد والأصل في العفاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة قوله: «معها حذاءها» يعني خفها فإنه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء وسقاؤها بطنها لأنها تأخذه فيه ماء كثيراً فيبقى معها يمنعها العطش والضالة اسم الحيوان خاصة دون سائر اللقطة والجمع ضوال ويقال لها أيضاً الهوامي والهوافي والهوامل.

فصل: قال إمامنا رحمه الله الأفضل ترك الالتقاط. وروي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خثيم وعطاء ومر شريح بدرهم فلم يعرض له. واختار أبو الخطاب: إذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالأفضل أخذها. وهذا قول الشافعي وحكي عنه قول آخر إنه يجب أخذها لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١]. فإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله. وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة. وقال مالك إن كان شيئاً له بال يأخذه أحب إلي ويعرفه لأن فيه حفظ مال المسلم عليه. فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الغرق.

ولنا: قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وتخليل الخمر وما ذكروه يبطل بالضوال فإنه لا يجوز أخذها مع ما ذكروه. وكذلك ولاية مال الأيتام.

مسألة: قال: (ومن وجد لقطة عرفها سنة في الأسواق وأبواب المساجد).

وجملته أن في التعريف ستة فصول في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه وكيفيته ومن يتولاه، أما وجوبه. فإنه واجب على كل ملتقط سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها، وقال الشافعي: لا تجب على من أراد حفظها لصاحبها.

ولنا: إن النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ولم يفرق، ولأن حفظها لصاحبها إنما يقيد باتصالها إليه وطريقة التعريف أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها فهو وهلاكها سيان، ولأن إمساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها إلى موضعها أو إلقائها في غيره، ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط لأن بقاءها في مكانها إذاً أقرب إلى وصولها إلى صاحبها إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها وإما بأن يجدها من يعرفها وأخذه لها يفوت الأمرين فيحرم فلما جاز الالتقاط وجب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر، ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها فكذلك على من أراد حفظها فإن التمليك غير واجب فلا تجب الوسيلة إليه فيلزم أن يكون الوجوب في المحل المتفق عليه لصيانتها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع.

الفصل الثاني: في قدر التعريف. وذلك سنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال ابن المسيب والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي. وروي عن عمر رواية أخرى أنه يعرفها ثلاثة أشهر وعنه ثلاثة أعوام لأن أبي بن كعب روى أن رسول الله ﷺ أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام، وقال أبو أيوب الهاشمي ما دون الخمسين درهماً يعرفها ثلاثة أيام إلى سبعة أيام، وقال الحسن بن صالح ما دون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام، وقال الثوري في الدرهم يعرفه أربعة أيام، وقال إسحاق ما دون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها. وروى أبو إسحاق الجوزجاني بإسناده عن يعلى بن أمية قال: قال رسول الله ﷺ: «من التقط درهماً أو حبلاً أو شبه ذلك فليعرفه ثلاثة أيام فإن كان فوق ذلك فليعرفه سبعة أيام».

ولنا: حديث زيد بن خالد الصحيح فإن النبي ﷺ أمره بعام واحد ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كمدة أجل العين. وأما حديث أبي فقد قال الراوي: لا أدري ثلاثة أعوام أو عام واحد، قال أبو داود شك الراوي في ذلك، وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه وحديث زيد وأبي أصح منه وأولى. إذا ثبت هذا فإنه يجب أن تكون هذه السنة تلي الالتقاط وتكون متوالية في نفسها

لأن النبي ﷺ أمر بتعريفها حين سئل عنها والأمر يقتضي الفور ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر إلى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متوالياً لأن صاحبها في الغالب إنما يتوقعها ويطلبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به.

الفصل الثالث: في زمانه: وهو النهار دون الليل لأن النهار مجمع الناس وملتقاهم دون الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والأسبوع أكثر لأن الطلب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متوالياً. وقد روى الجوزجاني بإسناده عن معاوية بن عبد الله عن زيد الجهني قال: نزلنا مناخ ركب فوجدت خرقة فيها قريب من مائة دينار فجئت بها إلى عمر فقال عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد ثم حتى قرن السنة ولا يقدمن ركب إلا نشدتها وقلت الذهب بطريق الشام ثم شأنك بها.

الفصل الرابع: في مكانه: وهو الأسواق وأبواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه كأدبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ليظهر عليها صاحبها فيجب تحري مجامع الناس ولا ينشدها في المسجد لأن المسجد لم يبن لهذا، وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل لا ردها الله إليك فإن المساجد لم تبن لهذا» وأمر عمر واجد اللقطة تعريفها على باب المسجد.

الفصل الخامس فيمن يتولاه: وللملتقط أن يتولى ذلك بنفسه وله أن يستنيب فيه، فإن وجد متبرعاً بذلك وإلا إن احتاج إلى أجر فهو على الملتقط وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، واختار أبو الخطاب أنه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها رجع بالأجر على مالكها، وكذلك قال ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف لأنه من مؤنة إيصالها إلى صاحبها فكان على مالكها كأجر مخزنها ورعيها وتجفيفها.

ولنا: إن هذا أجر واجب على المعرف فكان عليه كما لو قصد تملكها ولأنه لو وليه بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها فكذلك إذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ولأنه سبب لملكها فكان على الملتقط كما لو قصد تملكها، وقال مالك إن أعطى منها شيئاً لمن عرفها فلا غرم عليه كما لو دفع منها شيئاً لمن جففها، وقد ذكرنا الدليل على ذلك.

الفصل السادس: في كيفية التعريف: وهو أن يذكر جنسها لا غير فيقول من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب. ونحو ذلك لقول عمر رضي الله عنه لواجد الذهب بطريق الشام. ولا تصفها لأنه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها لمشاركة غير المالك المالك في ذلك ولأنه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها وهو لا يملكها فتضيع على مالكها.

فصل: لم يفرق الخرقي بين يسير اللقطة وكثيرها. وهو ظاهر المذهب إلا في اليسير. الذي لا تتبعه النفس كالتمرة والكسرة والخرقة. وما لا خطر له فإنه لا بأس بأخذه والانتفاع به

من غير تعريف، لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له: «لو لم تأتها لأتتك» ورأى النبي ﷺ تمرة فقال: «لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها» ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع، وقد روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والنخعي ويحيى بن أبي كثير ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وليس عن أحمد وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذي يباح، وقال مالك وأبو حنيفة: لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق وهو ربع دينار عند مالك. وعشرة دراهم عند أبي حنيفة لأن ما دون ذلك تافه. فلا يجب تعريفه كالكسرة والتمرة، والدليل على أنه تافه قول عائشة رضي الله عنها: كانوا لا يقطعون في الشيء التافه، وروي عن علي رضي الله عنه أنه وجد ديناراً فتصرف فيه» وروى الجوزجاني عن سلمى بنت كعب قالت: وجدت خاتماً من ذهب في طريق مكة فسألت عائشة عنه فقالت تمتعي به، وروى أبو داود بإسناده عن جابر قال: رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به. والحبل قد تكون قيمته دراهم وعن ابن ماجة بإسناده عن سويد بن غفلة قال: خرجت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان حتى إذا كنا بالعذيب التقطت سوطاً. فقالا لي ألقه فأبيت حتى قدمنا المدينة. أتيت أبي بن كعب. فذكرت ذلك له فقال: أصبت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، وللشافعية ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة.

ولنا: على إبطال تحديده بما ذكروه. أن حديث زيد بن خالد عام في كل لقطة فيجب إبقاؤه على عمومه إلا ما خرج منه بالدليل، ولم يرد بما ذكروه نص ولا هو في معنى ما ورد النص به. ولأن التحديد والتقدير لا يعرف بالقياس. وإنما يؤخذ من نص أو إجماع. وليس فيما ذكروه نص ولا إجماع. وأما حديث علي فهو ضعيف. رواه أبو داود وقال: طرقه كلها مضطربة ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب. فتعين حمله على وجه من الوجوه غير اللقطة. إما لكونه مضطراً إليه أو غير ذلك، وحديث عائشة قضية في عين لا يدري كم قدر الخاتم، ثم هو قول صحابي وكذا حديث علي. وهم لا يرون ذلك حجة، وسائر الأحاديث ليس فيها تقدير لكن يباح أخذ ما ذكره النبي ﷺ. وخص في أخذه من السوط والعصا والحبل. وما قيمة ذلك، وقدره الشيخ أبو الفرج في كتابه بما دون القيراط. ولا يصح تحديده لما ذكرنا.

فصل: إذا أخر التعريف عن الحول الأول. مع إمكانه أثم لأن النبي ﷺ أمر به فيه والأمر يقتضي الوجوب. وقال في حديث عياض بن حمار لا تكتم ولا تغيب، ولأن ذلك وسيلة إلى أن لا يعرفها صاحبها. فإن الظاهر أنه بعد الحول ييأس منها ويسلو عنها ويترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الأول في المنصوص عن أحمد لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الأول. وإن تركه في بعض الحول عرف بقيته ويتخرج أن لا يسقط التعريف لتأخره. لأنه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته كالعبادات وسائر الواجبات. ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نوع من القصور فيجب الإتيان به لقول النبي ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم» فعلى هذا إن أخر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف في

بقيته وأتمه من الحول الثاني، وعلى كلا القولين. لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الأول. لأن شرط الملك التعريف في الحول الأول ولم يوجد. وهل له أن يتصدق بها أو يحبسه عنده أبداً؟ على روايتين. ويحتمل أن يلزمه دفعها إلى الحاكم كقولنا فيما إذا التقط فيما لا يجوز التقاطه، ولو ترك التعريف في بعض الحول الأول لم يملكها أيضاً بالتعريف فيما بعده لأن الشرط لم يكمل. وعدم بعض الشرط كعدم جميعه. كما لو أخل ببعض الطهارة أو ببعض السترة في الصلاة.

فصل: وإن ترك التعريف في الحول الأول لعجزه عنه مثل أن يتركه لمرض أو حبس أو نسيان ونحوه ففيه وجهان:

أحدهما: أن حكمه حكم ما لو تركه مع إمكانه. لأن تعريفه في الحول سبب الملك والحكم ينتفي لانتفاء سببه سواء انتفى لعذر أو غير عذر.

والثاني: أنه يعرفه في الحول الثاني ويملكه. لأنه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه. فأشبه ما لو عرفه في الحول الأول.

مسألة: قال: (فإن جاء ربها وإلا كانت كسائر ماله).

وجملته أنه إذا عرف اللقطة حولاً فلم تعرف ملكها ملتقطها وصارت من ماله كسائر أمواله غنياً كان الملتقط أو فقيراً، وروي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم. وبه قال عطاء والشافعي وإسحاق وابن المنذر. وروي ذلك عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي وطاوس وعكرمة، وقال مالك والحسن بن صالح والثوري. وأصحاب الرأي يتصدق بها. فإذا جاء صاحبها خيره بين الأجر والغرم. لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه سئل عن اللقطة فقال: «عرفها حولاً»وروي: «ثلاثة أحوال» فإن جاء ربها وإلا تصدق بها. فإذا جاء ربها فرضي بالأجر وإلا غرمها، ولأنها مال لمعصوم لم يرض بزوال ملكه عنها ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك فلم يزل ملكه عنه كغيرها قالوا: وليس له أن يتملكها إلا أن أبا حنيفة قال له ذلك إن كان فقيراً من غير ذوي القربى. لما روى عياض بن حمار المجاشعي أن النبي ﷺ قال: «من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها عليه. وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء» رواه النسائي. قالوا وما يضاف إلى الله تعالى. إنما يتملكه من يستحق الصدقة، ونقل حنبل عن أحمد. مثل هذا القول. وأنكره الخلال وقال: ليس هذا مذهباً لأحمد.

ولنا: قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد: «فإن لم تعرف فاستنفقها» وفي لفظ «وإلا فهي كسبيل مالك» وفي لفظ «ثم كلها» وفي لفظ «فانتفع بها» وفي لفظ «فشأنك بها» وفي حديث أبي بن كعب «فاستنفقها» وفي لفظ «فاستمتع بها» وهو حديث صحيح، ولأن من ملك بالقرض ملك باللقطة كالفقير. ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير. وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت. ولا نقل في كتاب يوثق به ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف إلى الله لا

يتملكه إلا من يستحق الصدقة لا برهان لها. ولا دليل عليها وبطلانها ظاهر. فإن الأشياء كلها تضاف إلى الله تعالى خلقاً وملكاً قال الله تعالى: ﴿وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

فصل: وتدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكماً كالميراث. هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله. وإلا كانت كسائر ماله، وكذلك قال أحمد في رواية الجماعة إذا جاء صاحبها وإلا كانت كسائر ماله واختار أبو الخطاب. أنها لا تدخل في ملكه حتى يختار. واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال يملكها بالنية، ومنهم من قال يملكها بقوله اخترت تملكها، ومنهم من قال لا يملكها إلا بقوله والتصرف فيها: لأن هذا تمليك بعوض. فلم يحصل إلا باختيار المتملك كالشراء.

ولنا: قول النبي ﷺ: «فإذا جاء صاحبها وإلا فهي كسبيل مالك» وقوله «فاستنفقها» ولو وقف ملكها على تملكها لبينه له. ولم يجوز له التصرف قبله وفي لفظ «فهي لك» وفي لفظ «كلها» وهذه الألفاظ كلها تدل على ما قلنا. ولأن الالتقاط والتعريف سبب للتمليك. فإذا تم وجب أن يثبت به الملك حكماً كالإحياء والاصطياد. ولأنه سبب يملك به فلم يقف الملك بعده على قوله. ولا اختياره كسائر الأسباب. وذلك لأن المكلف ليس إليه إلا مباشرة الأسباب. فإذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله تعالى غير موقوف على اختيار المكلف، وأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه.

فصل: فإن التقطها اثنان فعرفاها حولاً ملكاها جميعاً. وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار. فاختار أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر، وإن رأياها معاً. فبادر أحدهما فأخذها أو رآها أحدهما، فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لآخذها لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد. وإن قال أحدهما لصاحبه هاتها فأخذها. نظرت في نيته. فإن أخذها لنفسه فهي له دون الآمر وإن أخذها للآمر فهي له كما لو وكله في الاصطياد له.

فصل: وتملك اللقطة ملكاً مراعى يزول بمجيء صاحبها. ويضمن له بدلها إن تعذر ردها، والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته. وإنما يتجدد وجوب العوض بمجيء صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال أكثرهم لا يملكها إلا بعوض يثبت في ذمته لصاحبها. وهذا قول القاضي؛ وأصحابه بدليل أنه يملك المطالبة به فأشبه القرض.

ولنا: قول النبي ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء» فجعلها من المباحات، ولأنه لو مات لم يعزل من تركته بدلها ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الغرم ولا يلزمه أن يوصي به ولا يمتنع وجوب الزكاة في ماله بسبب الدين ولا يثبت شيء من أحكام الدين في حقه وانتفاء أحكامه دليل على انتفائه، وقال القاضي يمنع ذلك وجوب الزكاة ولأنه لو

ملكها بعوض لم يـزل ملكه عنهـا بمجيء صاحبهـا، ولو وقف ملكـه لها عـلى رضاه بـالمعاوضـة واختياره لأحدهما كالقرض والأمر بخلاف ذلك وإنما يستحق صاحبها المطالبـة بعد مجيئـه بشرط تلفها فإنها لو كانت موجودة لأخذها ولم يستحق لها بدلاً، وإن كانت تالفة تجدد له ملك المطالبـة ببدلها كما يتجدد له الملك فيها لو كانت موجودة وكما يتجدد له الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفي بدله إن كان معدوماً وهذا أشبه بمسألتنا وبه يبطل ما ذكروه، وأما القرض فإنه لما ثبت بدله في الذمة لم يعد الملك له في المقرض إلا برضاء المقرض واختياره.

فصل: وكل ما جاز التقاطه بالتعريف عند تمامه أثماناً كانت أو غيرها هـذا كلام الخرقي فإن لفظه عام في كل لفظ وقد نقل ذلك عن أحمد فإن محمد بن الحكم روى عنه في الصياد يقـع في شصه الكيس أو النحاس يعرفه سنـة فإن جـاء صاحبـه وإلا فهو كسـائر مـاله وهـذا نص في النحـاس. وقال الشريف ابن أبي مـوسى هل حكم العـروض في التعريف وجـواز التصرف فيها بعد ذلك حكم الأثمان؟ على روايتين أظهرهمـا أنها كالأثـمان ولا أعلم بين أهـل العلم فرقـاً بين الأثمان والعروض في ذلك، وقال أكثر أصحابنا لا تملك العروض بالتعريف. قـال القاضي نص أحمد على هذا في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقـال أبو بكـر وابن عقيل يعـرفها أبـداً. وقال القاضي هو بـالخيار بين أن يقيم عـلى تعريفهـا حتى يجيء صاحبهـا وبين دفعهـا إلى الحاكم ليرى رأيه فيها وهل له بيعها بعد الحول ويتصدق بها عـلى روايتين. وقـال الخلال كـل من روى عن أحمد أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي نقل أنه يعرف أبداً قول قديم رجـع عنه، واحتجـوا بمـا روي عن ابن عمر وابن عبـاس وابن مسعود مثـل قولهم ولأنها لقـطة لا تملك في الحرم فـلا تملك في غيره كالإبل. ولأن الخبر ورد في الأثمان وغيرها لا يساويهـا لعدم الغـرض المتعلق بعينها فمثلها يقوم مقامها من كل وجه بخلاف غيرها.

ولنا: عموم الأحاديث في اللقطة جميعها فإن النبي ﷺ سئـل عن اللقطة فقـال: «عرفهـا سنة ـ ثم قال في آخره ـ فانتفع بها أو فشأنك بها» وفي حديث عيـاض بن حمار «من وجـد لقطة» وهو لفظ عام، وروى الجوزجاني والأثرم في كتابيهما قالا حدثنا أبو نعيم ثنا هشام بن سعد قـال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قـال: أتى رجل رسـول الله ﷺ فقال: يـا رسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الـطريق الميتاء أو في قـرية مسكـونة؟ فقـال: «عرفـه سنة فـإن جاء صاحبه وإلا فشأنك به» ورويا أن سفيان بن عبد الله وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقـال عرفها سنة فإن عرفت وإلا فهي لك زاد الجـوزجاني فلم تعـرف فلقيه العـام المقبل فـذكرهـا له فقال عمر: هي لـك إن رسول الله ﷺ أمـرنا بـذلك ورواه النسـائي أيضاً، وهـذا نص في غير الأثمان وروى الجوزجاني بإسنـاده عن الحر بن الصبـاح قال: كنت عنـد ابن عمر بمكـة إذ جاءه رجل فقال إني وجدت هذا البرد وقد نشـدته وعـرفته فلم يعـرفه أحـد وهذا يـوم التروية ويوم يتفرق الناس فقال إن شئت قومته قيمة عدل ولبسته وكنت له ضامنـاً متى جاءك صـاحبه دفعت إليه ثمنه وإن لم يجيء له طالب فهو لك إن شئت، ولأن ما جاز التقاطه ملك بالتعريف كالأثمان وما حكوه عن الصحابة إن صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه وقولهم. إنها لقطة لا تملك في

الحرم ممنوع ثم هو منقوض بالأثمان ولا يصح قياسها على الإبل لأن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتيها ربها ولا يوجد ذلك في غيرها، ولأن الإبل لا يجوز التقاطها فلا تملك به وها هنا يجوز التقاطها فتملك به كالأثمان، ثم إذا لم تملك في الحرم لا تملك في الحل؟ وذلك لأن الحرم من يكون لقطته لا يلتقطها إلا منشد ولهذا لم تملك الأثمان بالتقاطها فيه فلا يلزم أن لا تملك في موضع لم يوجد المانع فيه، وقولهم إن النص خاص في الأثمان قلنا بل هو عام في كل لقطة فيجب العمل بعمومه، وإن ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا نصاً خاصاً في العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص في الأثمان، ثم لو اختص الخبر بالأثمان لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها كسائر النصوص التي عقل معناها ووجد في غيرها وها هنا قد وجد المعنى فيجب قياسه على المنصوص عليه، أو نقول إن المعنى ها هنا آكد فيثبت الحكم فيه بطريق التنبيه. وبيانه أن الأثمان لا تتلف بمضي الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تتلف بذلك ففي النداء عليها دائماً هلاكها وضياع ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس في إباحة الانتفاع بها وملكها بعد التعريف حفظاً لماليتها على صاحبها بدفع قيمتها إليه وتقع لغيره فيجب ذلك لنهي النبي ﷺ عن إضاعة المال ولما فيه من المصلحة والحظ لمال المسلم عليه وعلى أخيه ولأن في إثبات الملك فيها حثاً على التقاطها وحفظها وتعريفها لكونه وسيلة إلى الملك المقصود للآدمي وفي نفي ملكها تضييع لها لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلفة من غير نفع يصل إليه فيؤدي إلى أن لا يلتقطها أحد لتعريفها فتضيع، وما ذكروه في الفرق ملغي بالشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الأصل والفرع والله أعلم. ثم نقلب دليلهم فنقول لقطة لا تملك في الحرم فما أبيح التقاطه منها ملك إذا كان في الحل كالإبل.

فصل: وظاهر كلام أحمد والخرقي أن لقطة الحل والحرم سواء وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب وهو مذهب مالك وأبي حنيفة، وروي عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتملك وإنما يجوز حفظها لصاحبها فإن التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبي عبيد، وعن الشافعي كالمذهبين، والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ في مكة: «لا تحل ساقطتها إلا لمنشد» متفق عليه. وقال أبو عبيد: المنشد المعرف والناشد الطالب وينشد إصاخة الناشد للمنشد، فيكون معناه لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها لأنها خصت بهذا من سائر البلدان وروى يعقوب بن شيبة في مسنده عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي أن النبي ﷺ نهى عن لقطة الحاج، قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها. رواه أبو داود أيضاً. ووجه الرواية الأولى عموم الأحاديث وأنه أحد الحرمين فأشبه حرم المدينة ولأنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة، وقول النبي ﷺ: «إلا لمنشد» يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاماً وتخصيصها بذلك لتأكيدها لا لتخصيصها كقوله عليه السلام: «ضالة المسلم حرق النار» وضالة الذمي مقيسة عليها.

فصل: إذا التقط لقطة عازماً على تملكها بغير تعريف فقد فعل محرماً ولا يحل له أخذها بهذه النية فإذا أخذها لزمه ضمانها سواء تلفت بتفريطه أو بغير تفريط ولا يملكها، وإن عرفها لأنه أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه فأشبه الغاصب نص على هذا أحمد ويحتمل أن يملكها لأن ملكها بالتعريف والالتقاط وقد وجد فيملكها به كالاصطياد والاحتشاش فإنه لو دخل حائطاً لغيره بغير إذنه فاحتش أو اصطاد منه صيداً ملكه وإن كان دخوله محرماً كذا ها هنا ولأن عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه، ولأننا لو اعتبرنا نية التعريف وقت الالتقاط لافترق الحال بين العدل والفاسق والصبي والسفيه لأن الغالب على هؤلاء الالتقاط للتملك من غير تعريف.

مسألة: قال: (وحفظ وكائها وعفاصها وحفظ عددها وصفتها).

الأصل في هذا قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد: «اعرف وكاءها وعفاصها» وقال في حديث أبي بن كعب: اعرف عفاصها ووكاءها وعددها ثم عرفها سنة» وفي لفظ عن أبي بن كعب أنه قال وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي ﷺ فقال: «عرفها حولاً» فعرفتها حولاً فلم تعرف فرجعت إليه فقال: «اعرف عدتها ووعاءها ووكاءها واخلطها بملك فإن جاء ربها فأدها إليه» ففي هذا الحديث أنه أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمره بمعرفتها حين التقاطها قبل التعريف وهو الأولى ليحصل عنده علم ذلك، فإذا جاء صاحبها فنعتها غلب على ظنه صدقه فيجوز الدفع عليه حينئذ، وإن أخر معرفة ذلك إلى حين مجيء باغيها جاز لأن المقصود يحصل بمعرفتها حينئذ وإن لم يجيء طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يجز له حتى يعرف صفاتها لأن عينها تنعدم بالتصرف فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء صاحبها وكذلك إن خلطها بماله على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي ﷺ لأبي بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر إيجاب مضيق وأمره لزيد بن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط واجباً موسعاً والله أعلم، قال القاضي: ينبغي أن يعرف جنسها دراهم أو دنانير ونوعها، وإن كانت ثياباً عرف لفافتها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل وبالوزن أو بالعدد أو الذرع ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر أنشوطة[1] أو غيرها ويعرف صمام القارورة التي تدخل رأسها وعفاصها الذي تلبسه.

فصل: ويستحب أن يشهد عليها حين يجدها قال أحمد رحمه الله: لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب وأنه إن لم يشهد عليها لا ضمان عليه وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة إذا لم يشهد عليها ضمنها لقول رسول الله ﷺ: «من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل» وهذا أمر يقتضي الوجوب ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه.

---

(١) الأنشوطة: عقدة يسهل حلها.

ولنا: خبر زيد بن خالد وأبي بن كعب فإنه أمرهما بالتعريف دون الإشهاد ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة فلو كان واجباً لبينه النبي ﷺ وقد سئل عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها فيتعين حمل الأمر في حديث عياض على الندب والاستحباب ولأنه أخذ أمانة فلم يفتقر إلى الإشهاد كالوديعة، والمعنى الذي ذكروه غير صحيح فإنه إذا حفظها وعرفها فلم يأخذها لنفسه وفائدة الإشهاد صيانة نفسه عن الطمع فيها وكتمها وحفظها من ورثته إن مات ومن غرمائه إن أفلس وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صفاتها لئلا ينتشر ذلك فيدعيها من لا يستحقها ويذكر صفاتها كما قلنا في التعريف ولكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع قال أحمد في رواية صالح وقد سأله إذا شهد عليها هل يبين كم هي؟ قال: لا ولكن يقول قد أصبت لقطة، ويستحب أن يكتب صفاتها ليكون أثبت لها مخافة أن ينساها إن اقتصر على حفظها بقلبه فإن الإنسان عرضة النسيان.

مسألة: قال: (فإن جاء ربها فوصفها له دفعت إليه بلا بينة).

يعني إذا وصفها بصفاتها المذكورة دفعها إليه سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب، وبهذا قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجبر على ذلك إلا ببينة ولا يجوز له دفعها إليه إذا غلب على ظنه صدقه قال أصحاب الرأي: إن شاء دفعها إليه وأخذ كفيلاً بذلك لأن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي» ولأن صفة المدعي لا يستحق بها كالمغصوب.

ولنا: قول النبي ﷺ: «فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها إليه» قال ابن المنذر هذا الثابت عن رسول الله ﷺ وبه أقول رواه ابن القصار فإن جاء باغيها ووصف عفاصها وعددها فادفعها إليه وفي حديث زيد الذي ذكرناه: «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها وإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه يعني إذا ذكر صفاتها لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ولو كانت شرطاً للدفع لم يجز الإخلال به ولا أمر بالدفع بدونه ولأن إقامة البينة على اللقطة تتعذر لأنها إنما سقطت حال الغفلة والسهو فتوقف دفعها منع لوصولها إلى صاحبها أبداً وهذا يفوت مقصود الالتقاط ويفضي إلى تضييع أموال الناس وما هذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه كالإنفاق على اليتيم والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم يقيناً وإتعاباً لنفسه بالتعريف الذي يفيد والمخاطرة بدينه بتركه الواجب من تعريفها وما هذا سبيله يجب أن يكون حراماً فكيف يكون فاضلاً، وعلى هذا نقول لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها لما ذكرناه وقول النبي ﷺ: «البينة على المدعي» يعني إذا كان ثم منكر لقوله في سياقه: «واليمين على من أنكر» ولا منكر ها هنا على أن البينة تختلف وقد جعل النبي ﷺ بينة مدعي اللقطة وصفها فإذا وصفها فقد أقام بينته وقياس اللقطة على المغصوب غير صحيح فإن النزاع ثم في كونه مغصوباً والأصل عدمه وقول المنكر يعارض دعواه فاحتيج إلى البينة وها هنا

قد ثبت كون هذا المال لقطة وأن له صاحباً غير من هو في يده ولا مدعي له إلا الواصف وقد ترجح صدقه فينبغي أن يدفع إليه.

فصل: فإن وصفها اثنان أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه وهكذا إن أقاما بينتين أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف ودفعت إليه ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب: تقسم بينهما لأنهما تساويا فيما يستحق به الدفع فتساويا فيها كما لو كانت في أيديهما والذي قلنا: أصح وأشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عيناً في يد غيرهما ولأنهما تداعيا عيناً في غيرهما وتساويا في البينة أو في عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة كما لو ادعيا وديعة في يد إنسان فقال هي لأحدكما لا أعرفه عيناً، وفارق ما إذا كانت في أيديهما لأن يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه وإن وصفها إنسان فأقام آخر البينة أنها له فهي لصاحب البينة لأنها أقوى من الوصف فإن كان الواصف قد أخذها انتزعت منه وردت إلى صاحب البينة لأننا تبينا أنها له فإن كان قد هلكت فلصاحبها تضمين من شاء من الواصف أو الدافع إليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويتخرج أن لا يلزم الملتقط شيء وهذا قول ابن القاسم صاحب مالك وأبو عبيد لأنه فعل ما أمر به لأنه أمين غير مفرط ولا مقصر فلا يضمن كما لو دفعها بأمر الحاكم ولأن الدفع واجب عليه فصار الدفع بغير اختياره فلم يضمنها كما لو أخذها كرهاً.

ولنا: إنه دفع مال غيره إلى غير مستحقه اختياراً منه فضمنه كما لو دفع الوديعة إلى غير مالكها إذا غلب على ظنه أنه مالكها، فأما إن دفعها بحكم حاكم لم يملك صاحبها مطالبة الدافع لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها كما لو غصبها ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد لأن العدوان منه والتلف عنده فإن ضمن الدافع رجع على الواصف لأنه كان سبب تغريمه إلا أن يكون الملتقط قد أقر للواصف أنه صاحبها ومالكها فإنه لا يرجع عليه لأنه اعترف أنه صاحبها ومستحقها وأن صاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يرجع به على غير من ظلمه وإن كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمنه إياها رجع على الواصف بما غرمه وليس لمالكها تضمين الواصف، لأن الذي قبضه إنما هو مال الملتقط لا مال صاحب اللقطة بخلاف ما إذا سلم العين، فأما إن وصفها إنسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاها لم يستحق شيئاً لأن الأول استحقها لوصفه إياها وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي انتزاعها منه فوجب إبقاؤها له كسائر ماله.

فصل: ولو جاء مدع اللقطة فلم يصفها ولا أقام بينة أنها له لم يجز دفعها إليه سواء غلب على ظنه صدقه أو كذبه لأنها أمانة فلم يجز دفعها إلى من لم يثبت أنه صاحبها كالوديعة فإن دفعها فجاء آخر فوصفها أو أقام بينة لزم الواصف غرامتها له لأنه فوتها على مالكها بتفريطه وله الرجوع على مدعيها لأنه أخذ مال غيره ولصاحبها تضمين آخذها فإذا ضمنه لم يرجع على أحد وإن لم يأت أحد يدعيها فللملتقط مطالبة آخذها بها لأنه لا يأمن من مجيء صاحبها فيغرمه إياها ولأنها أمانة في يده فملك أخذها من غاصبها كالوديعة.

مسألة : قال : (أو مثلها إن كانت قد استهلكت) .

وجملة ذلك أن اللقطة في الحول أمانة في يد الملتقط إن تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنها نماء ملكه وإن أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال وبقيمتها إن لم يكن لها مثل، لا أعلم في هذا خلافاً، وإن تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال لأنها دخلت في ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط في حفظها أو لم يفرط وإن وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول أخذ العين وأرش نقصها لأن جميعها مضمون إذا تلفت فكذلك إذا نقصت وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها بمضي حول التعريف وأما من قال لا يملكها حتى يتملكها لم يضمنه إياها حتى يتملكها وحكمها قبل تملكه إياها حكمها قبل مضي حول التعريف، ومن قال لا تملك اللقطة بحال لم يضمنه إياها وبهذا قال الحسن والنخعي وأبو مجلز والحارث العكلي ومالك وأبو يوسف قالوا: لا يضمن وإن ضاعت بعد الحول وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها في ملكه، وقال داود: إذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها.

وحكى ابن أبي موسى عن أحمد أنه لوح إلى مثل هذا القول لحديث عياض بن حمار عن النبي ﷺ أنه قال: «فإن جاء ربها وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء» فجعله مباحاً. وقوله في حديث أبي بن كعب فإن جاء من يعرفها وإلا فهي كسبيل مالك. وفي حديث زيد «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها» وروي فهي لك ولم يأمره برد بدلها.

ولنا: قول النبي ﷺ: «فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه» وقال الأثرم قال أحمد اذهب إلى حديث الضحاك بن عثمان جوده ولم يروه أحد مثل ما رواه «إن جاء صاحبها بعد سنة وقد أنفقها ردها إليه» لأنها عين يلزم ردها لو كانت باقية فيلزمه ضمانها إذا أتلفها كما قبل الحول ولأنه مال معصوم فلم يجز إسقاط حقه منه مطلقاً كما لو اضطر إلى مال غيره، وإن وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة أخذها بزيادتها لأنها تتبع في الرد بالعيب والإقالة فتبعت ها هنا، وإن حدث بعد الحول لها نماء منفصل فهو للملتقط لأنه نماء ملكه متميز لا يتبع في الفسوخ فكان له كنماء المبيع إذا رد العيب.

وذكر أبو الخطاب فيه وجهاً آخر بناء على المفلس إذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة والولد إذا استرجع أبوه ما وهب له بعد زيادته والصحيح أن الزيادة للملتقط لما ذكرناه وكذلك الصحيح في الموضعين اللذين ذكرهم أن الزيادة لمن حدثت في ملكه ثم الفرق بينهما أنه في مسألتنا يضمن النقص فتكون له الزيادة ليكون الخراج بالضمان وثم لا ضمان عليه فأمكن أن لا يكون الخراج له والله أعلم، ومتى اختلفا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته مما حلف عليه.

فصل: وإن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوهما لم يكن له الرجوع فيها وله أخذ بدلها لأن تصرف الملتقط وقع صحيحاً لكونها صارت في ملكه وإن

صادفها قد رجعت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك فله أخذها لأنه وجد عين ماله في يد ملتقطه فكان له أخذه كالزوج إذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة وسائر أحكام الرجوع ها هنا كحكم رجوع الزوج على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا أخذ اللقطة ثم ردها إلى موضعها ضمنها. روي ذلك عن طاوس وبه قال الشافعي، وقال مالك لا ضمان عليه لما روى الأثرم عن القعنبي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ثابت بن الضحاك عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً أرسله حيث وجدته، ولما روي عن جرير بن عبد الله أنه رأى في بقرة بقرة قد لحقت بها فأمر بها فطردت حتى توارت.

ولنا: إنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة، ولأنها لما حصلت في يده لزمه حفظها وتركها تضييعها فأما حديث عمر فهو في الضالة التي لا تحل، فأما ما لا يحل التقاطه إذا أخذه فيحتمل أن له رده إلى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار ولأنه كان واجباً عليه تركه في مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه، ويحتمل أن لا يبرأ من ضمانه برده فإنه دخل في ضمانه فلم يبرأ من ضمانه برده إلى مكانه كالمسروق وما يجوز التقاطه فعلى هذا لا يبرأ إلا برده إلى الإمام أو نائبه. وأما عمر فهو كان الإمام فإذا أمر برده كان كأخذه منه وحديث جرير لا حجة فيه لأنه لم يأخذ البقرة ولا أخذها غلامه إنما لحقت بالبقر من غير فعله ولا اختياره.

فصل: وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنها أمانة في يده فأشبهت الوديعة فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها إليه لأنه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك بالضياع فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولاً ملكها لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فيثبت الملك به كالأول ولا يملك الأول انتزاعها لأن الملك مقدم على حق التملك وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني وليس له مطالبة الأول لأنه لم يفرط، وإن علم الثاني بالأول فردها إليه فأبى أخذها: وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضاً لأن الأول ترك حقه فسقط وإن قال عرفها ويكون ملكها لي ففعل فهو مستنيب له في التعريف ويملكها الأول لأنه وكله في التعريف فصح كما لو كانت في يد الأول، وإن قال عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لأنه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي. وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الأول احتمل وجهين:

أحدهما: يملكها. لأن سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الأول في تعريفها لنفسه.

والثاني: لا يملكها لأن ولاية التعريف للأول أشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها وكذلك الحكم إذا علم الثاني بالأول فعرفها ولم يعلمه بها ويشبه هذا المتحجر في الموات إذا سبقه غيره إلى ما حجره فأحياه بغير إذنه، فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم

يملكها وجهاً واحداً لأنه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها فإن الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ويفارق هذا ما إذا التقطها ثان فإنه وجد منه الالتقاط والتعريف.

فصل: ومن اصطاد سمكة فوجد فيها درة فهي للصياد لأن الدر يكون في البحر بدليل قول الله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسونهَا﴾ [النحل: ١٤]. فتكون لآخذها، فإن باعها الصياد ولم يعلم فوجدها المشتري في بطنها فهي للصياد نص عليه أحمد لأنه إذا لم يعلم ما في بطنها فلم يبعه ولم يرض بزوال ملكه عنه فلم يدخل في البيع كمن باع داراً له مال مدفون فيها. وإن وجد في بطنها عنبرة أو شيئاً مما يكون في البحر فهو للصياد لما ذكرنا وحكمه حكم الجوهرة، وإن وجد دراهم أو دنانير فهي لقطة لأن ذلك لا يخلق في البحر ولا يكون إلا لآدمي فيكون لقطة كما لو وجده في البحر، وكذلك الحكم في الدرة إذا كان فيها أثر لآدمي مثل أن تكون مثقوبة أو متصلة بذهب أو فضة أو غيرهما فإنها تكون لقطة لا يملكها الصياد لأنها لم تقع في البحر حتى تثبت اليد عليها فهي كالدينار، وكذلك الحكم في العنبرة إذا كانت موصولة بذهب أو فضة أو مصنوعة كالتفاحة مثقوبة ونحو ذلك مما لا يخلق عليه في البحر فهي لقطة، وإن وجدها الصياد فعليه تعريفها لأنه ملتقطها، وإن وجدها المشتري فالتعريف عليه لأنه واجدها ولا حاجة إلى البداية بالبائع فإنه لا يحتمل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيادها وملك الصياد لها فاستوى هو وغيره فأما إن اشترى شاة ووجد في بطنها درة أو عنبرة أو دنانير أو دراهم فهي لقطة يعرفها ويبدأ البائع لأنه يحتمل أن تكون ابتلعتها في ملكه فيبدأ به كقولنا في مشتري الدار إذا وجد فيها مالاً مدفوناً، وإن اصطاد السمكة من غير البحر كالنهر والعين فحكمها حكم الشاة في أن ما وجد في بطنها من ذلك فهو لقطة درة كانت أو غيرها لأن ذلك لا يكون إلا في البحر بحكم العادة، ويحتمل أن تكون الدرة للصياد لقول الله تعالى: ﴿وَمِنْ كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْماً طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسونهَا﴾ [فاطر: ١٢].

فصل: وإن وجد عنبرة على ساحل البحر فهي له لأنه يمكن أن يكون البحر ألقاها والأصل عدم الملك فيها فكانت مباحة لآخذها كالصيد وقد روى سعيد قال حدثنا إسماعيل بن عياش عن معاوية بن عمرو العبدي قال: ألقى بحر عدن عنبرة مثل البعير فأخذها ناس بعدن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز فكتب إلينا أن خذوا منها الخمس وادفعوا إليهم سائرها، وإن باعوكموها فاشتروها فأردنا أن نزنها فلم نجد ميزاناً يخرجها فقطعناها اثنين ووزناها فوجدناها ستمائة رطل فأخذنا خمسها ودفعنا سائرها إليهم ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار وبعثنا بها إلى عمر بن عبد العزيز فلم يلبث إلا قليلاً حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار.

فصل: وإن صاد غزالاً فوجده مخضوباً أو في عنقه حرز أو في أذنه قرط ونحو ذلك مما يدل على ثبوت اليد عليه فهو لقطة لأن ذلك دليل على أنه كان مملوكاً، وقال أحمد فيمن ألقى شبكة في البحر فوقعت فيها سمكة فجذبت الشبكة فمرت بها في البحر فصادها رجل فإن

السمكة للذي حازها والشبكة يعرفها ويدفعها إلى صاحبها فجعل الشبكة لقطة لأنها مملوكة لآدمي والسمكة لمن صادها لأنها كانت مباحة ولم يملكها صاحب الشبكة لكون شبكته لم تثبتها فبقيت على الإباحه، وهكذا لو نصب فخاً أو شركاً فوقع فيه صيد من صيود البر فأخذه وذهب به وصاده آخر فهو لمن صاده ويرد الآلة إلى صاحبها فهي لقطة يعرفها. وقال أحمد في رجل انتهى إلى شرك فيه حمار وحش أو ظبية قد شارف الموت فخلصه وذبحه هو لصاحب الأحبولة وما كان من الصيد في الأحبولة فهو لمن نصبها، وإن كان بازياً أو صقراً أو عقاباً، وسئل عن بازي أو صقر أو كلب معلم أو فهد ذهب عن صاحبه فدعاه فلم يجبه ومر في الأرض حتى أتى لذلك أيام فأتى قرية فسقط على حائط فدعاه رجل فأجابه قال يرده على صاحبه، قيل له فإن دعاه فلم يجبه فنصب له شركاً فصاده به؟ قال يرده على صاحبه فجعل هذا لصاحبه لأنه قد ملكه فلم يزل ملكه عنه بذهابه عنه والسمكة في الشبكة لم يكن ملكها ولا حازها وكذلك جعل ما وقع في الأحبولة من البازي والصقر والعقاب لصاحب الأحبولة ولم يجعله ها هنا لمن وقع في شركه لأن هذا فيما علم أنه قد كان مملوكاً لإنسان فذهب وإنما يعلم هذا بالخبر أو بوجود ما يدل على الملك فيه مثل وجود السير في رجله وآثار التعلم مثل استجابته للذي يدعوه ونحو ذلك، ومتى لم يوجد ما يدل على أنه مملوك فهو لمن اصطاده لأن الأصل عدم الملك فيه وإباحته.

فصل: ومن أخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها وأخذ مداسه وترك له بدله لم يملكه بذلك، قال أبو عبد الله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها: لم يأخذها فإن أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها، إنما قال ذلك لأن سارق الثياب لم تجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه كاللقطة، ويحتمل أن ينظر في هذا فإن كانت ثم قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيراً من المتروكة وكانت مما لا تشتبه على الآخذ بثيابه ومداسه فلا حاجة إلى التعريف لأن التعريف إنما جعل في المال الضائع عن ربه ليعلم به ويأخذه وتارك هذا عالم به راض ببدله عوضاً عما أخذه ولا يعترف أنه له فلا يحصل في تعريفه فائدة فإذا هو ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يتصدق به على ما ذكرنا.

الثاني: أن يباح له أخذها لأن صاحبها في الظاهر تركها له باذلاً إياها له عوضاً عما أخذه فصار كالمبيح له أخذها بلسانه فصار كمن قهر إنساناً على أخذ ثوبه ودفع إليه درهماً.

الثالث: أنه يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله. والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس لأن فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الإثم وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على إنسان حق من دين أو غصب أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فهنا مع رضاء من عليه الحق بأخذه أولى، وإن كانت ثم قرينة دالة على أن

الآخذ للثياب إنما أخذها ظنًّا منه أنها ثيابه مثل أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة أو مثلها وهي ما تشتبه بها فينبغي أن يعرفها هاهنا لأن صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه، والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كاللقطة في المعنى وبعد التعريف إذا لم تعرف ففيها الأوجه التي ذكرناها إلا أننا إذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع إليه ثمنها فإنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه لا يزيد عليها لأن الزائد فاضل عما يستحقه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه فإنه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضي بالمعاوضة بها، وإذا قلنا إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع إليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي والله أعلم.

فصل: قال أحمد فيمن عنده رهون قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها يبيعها ويتصدق بثمنها فإن جاء صاحبها غرمها له وهذا محمول على من استوفى ديونه التي رهن الرهن بها، فأما من لم يستوفِ دينه فإن كان قد أذن له في بيعها باعها واستوفى دينه من ثمنها وتصدق بالباقي وإن لم يكن أذن له في بيعها رفعها إلى الحاكم ليبيعها ويقبضه حقه من ثمنها ويتصدق بباقيه.

فصل: نقل الفضل بن زياد عن أحمد إذا تنازع صاحب الدار والساكن في دفن في الدار فقال كل واحد منهما أنا دفنته بين كل واحد منهما ما الذي دفن فكل من أصاب الوصف فهو له وذلك لأن ما يوجد في الأرض من الدفن مما عليه علامة المسلمين فهو لقطة واللقطة تستحق بوصفها ولأن المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده فكان أحق به كما لو تنازعه أجنبيان فوصفه أحدهما.

فصل: ومن وجد لقطة في دار الحرب فإن كان في الجيش فقال أحمد يعرفها سنة في دار الإسلام ثم يطرحها في المقسم إنما عرفها في دار الإسلام لأن أموال أهل الحرب مباحة ويجوز أن تكون لمسلم، ولأنه قد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفهاومعناه والله أعلم يتمم التعريف في دار الإسلام، فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش الذي هو فيه لأنه يحتمل أن تكون لأحدهم فإذا قفل أتم التعريف في دار الإسلام فأما إن كان دخل دارهم بأمان فينبغي أن يعرفها في دارهم لأن أموالهم محرمة عليه، فإذا لم تعرف ملكها كما يملكها في دار الإسلام، وإن كان في الجيش طرحها في المقسم بعد التعريف لأنه وصل إليها بقوة الجيش فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئاً، وإن دخل إليهم متلصصاً فوجد لقطة عرفها في دار الإسلام لأن أموالهم مباحة له ثم يكون حكمها حكم غنيمته ويحتمل أن تكون غنيمة له لا تحتاج إلى تعريف لأن الظاهر أنها من أموالهم وأموالهم غنيمة.

مسألة: قال: (وإن كان الملتقط قد مات فصاحبها غريم بها).

وجملة ذلك أن الملتقط إذا مات واللقطة موجودة بعينها قام وارثه مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول ويملكها بعد إتمام التعريف، فإن مات بعد الحول ورثها الوارث كسائر أموال

الميت ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث فإن كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال أو بقيمتها إن لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته إن اتسعت لذلك أو إن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها سواء تلفت بعد الحلول بفعله أو بغير فعله لأنها قد دخلت في ملكه بمضي الحول، وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها لأنها أمانة في يده تلفت بغير تفريطه فلم يضمنها كالوديعة، وكذلك إن تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط على رأي من رأى أنها لا تدخل في ملكه حتى يتملكها وقد مضى الكلام في ذلك فأما إن لم يعلم تلفها ولم يجدها في تركته فظاهر كلام الخرقي أن صاحبها غريم بها سواء كان قبل الحول أو بعده لأن الأصل بقاؤها، ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها لأن الأصل براءة ذمة الملتقط منها ويحتمل أن تكون تلفت بغير تفريطه فلا تشغل ذمته بالشك، ويحتمل أنه إن كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه لأنها كانت أمانة عنده ولم تعلم جنايته فيها والأصل براءة ذمته منها، وإن مات بعد الحول فهي في تركته لأن الأصل بقاؤها إلى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه فإن قيل فقد قلتم إن صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها أو هبته لم يكن له إلا بدلها فلم قلتم إنها إذا انتقلت إلى الوارث يملك صاحبها أخذها؟ قلنا: لأن الوارث خليفة الموروث وإنما يثبت له الملك بها على الوجه الذي كان ثابتاً لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعاة مشروطاً بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمتهب فإنهما يملكان ملكاً مستقراً.

مسألة: قال: (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً فله أخذه إن كان التقطها بعد أن بلغه الجعل).

وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً والأصل في ذلك قول الله عز وجل: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]. وروى أبو سعيد أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقروهم فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق؟ فقالوا: لم تقرونا فلا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً فجعلوا لهم قطيع شياه فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاء فقالوا: لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ فسألوا النبي ﷺ فقال: «وما أدراك إنها رقية؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم» رواه البخاري، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإن العمل قد يكون مجهولاً كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الإجارة فيه والحاجة داعية إلى ردهما وقد لا يجد من يتبرع به فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل لأنها غير لازمة بخلاف الإجارة ألا ترى أن الإجارة لما كانت لازمة افتقرت إلى تقدير مدة والعقود الجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ولأن الجائزة لكل واحد منها تركها فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده بخلاف اللازمة. إذا ثبت هذا: فإذا قال من رد علي ضالتي أو عبدي الآبق أو خاط لي هذا القميص أو بنى لي

هذا الحائط فله كذا وكذا صح وكان عقداً جائزاً لكل واحد منهما الرجوع فيه قبل حصول العمل، لكن إن رجع الجاعل قبل التلبس بالعمل فلا شيء عليه، وإن رجع بعد التلبس به فعليه للعامل أجرة مثله لأنه إنما عمل بعوض فلم يسلم له وإن فسخ العامل قبل إتمام العمل فلا شيء له لأنه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه العوض ويصير كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح ولا بد أن يكون العوض معلوماً والفرق بينه وبين العمل من وجهين:

أحدهما: أن الحاجة تدعو إلى كون العمل مجهولاً بأن لا يعلم موضع الضالة والآبق ولا حاجة إلى جهالة العوض.

والثاني: أن العمل لا يصير لازماً فلم يجب كونه معلوماً والعوض يصير لازماً بإتمام العمل فوجب كونه معلوماً. ويحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم نحو أن يقول من رد عبدي الآبق فله نصفه ومن رد ضالتي فله ثلثها فإن أحمد قال: إذا قال الأمير في الغزو من جاء بعشرة رؤوس فله رأس جاز وقالوا إذا جعل جعلاً لمن يدله على قلعة أو طريق سهل وكان الجعل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولاً كجارية يعينها العامل فتخرج ها هنا مثله فأما إن كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح الجعالة وجهاً واحداً. وإن كان العمل معلوماً مثل أن يقول: من رد عبدي من البصرة أو بنى لي هذا الحائط أو خاط قميصي هذا فله كذا صح لأنه إذا صح مع الجهالة فمع العلم أولى، وإن علقه بمدة معلومة فقال من رد لي عبدي من العراق إلى شهر فله دينار، أو من خاط قميصي في هذا اليوم فله درهم صح لأن المدة إذا جازت مجهولة فمع التقدير أولى فإن قيل الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز في الإجارة فكيف أجزتموه في الجعالة؟ قلنا الفرق بينهما من وجوه:

أحدها: أن الجعالة يحتمل فيها الغرر وتجوز جهالة العمل والمدة بخلاف الإجارة.

الثاني: أن الجعالة عقد جائز فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغرر ضرر بخلاف الإجارة فإنها عقد لازم فإذا دخل فيها مع الغرر لزمه ذلك.

الثالث: أن الإجارة إذا قدرت بمدة لزمه العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها فإذا جمع بين تقدير المدة والعمل فربما عمله قبل المدة، فإن قلنا يلزمه العمل في بقية المدة فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه، وإن قلنا لا يلزمه فقد خلا بعض المدة من العمل، فإن انقضت المدة قبل عمله فألزمناه إتمام العمل فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليها، وإن قلنا لا يلزمه العمل فما أتى بالمعقود عليه من العمل بخلاف مسألتنا فإن العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة إن أتى به استحق الجعل ولا يلزمه شيء آخر، وإن لم يف به فيها فلا شيء له. إذا ثبت هذا: فإنما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك لأنه عوض يستحق بعمل فلا يستحقه من لم يعمل كالأجر في الإجارة.

فصل: ويجوز أن يجعل الجعل في الجعالة لواحد بعينه فيقول له إن رددت عبدي فلك دينار فلا يستحق الجعل من يرده سواه، ويجوز أن يجعله لغير معين فيقول من رد عبدي فله

دينار فمن رده استحق الجعل ويجوز أن يجعل لواحد في رده شيئاً معلوماً ولآخر أكثر منه أو أقل ويجوز أن يجعل للمتعين عوضاً ولسائر الناس عوضاً آخر لأنه يجوز أن يكون الأجر في الإجارة مختلفاً مع التساوي في العمل فها هنا أولى فإن قال من قال من رد لقطتي فله دينار فردها ثلاثة فلهم الدينار بينهم أثلاثاً لأنهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض فاشتركوا في العوض كالأجر في الإجارة، فإن قيل أليس لو قال من دخل هذا النقب فله دينار فدخله جماعة استحق كل واحد منهم ديناراً كاملاً فلم لا يكون ها هنا كذلك؟ قلنا لأن كل واحد من الداخلين دخل دخولاً كاملاً كدخول المنفرد فاستحق العوض كاملاً وها هنا لم يرده واحد منهم كاملاً إنما اشتركوا فيه فاشتركوا في عوضه فنظير مسألة الدخول ما لو قال من رد عبداً من عبيدي فله دينار فرد كل واحد منهم عبداً ونظير مسألة الرد ما لو قال من نقب السور فله دينار فنقب ثلاثة نقباً واحداً فإن جعل لواحد في ردها ديناراً ولآخر دينارين ولثالث ثلاثة فرده الثلاثة فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له لأنه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث المسمى فإن جعل لواحد ديناراً ولآخرين عوضاً مجهولاً فرده معاً فلصاحب الدينار ثلاثة وللآخرين أجر عملهما، وإن جعل لواحد شيئاً في ردها فردها هو وآخران معه وقالا رددنا معاونة له استحق جميع الجعل ولا شيء لهما وإن قالا رددناه لنأخذ العوض لأنفسنا فلا شيء لهما وله ثلث الجعل لأنه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث الجعل ولم يستحق الآخران شيئاً لأنهما عملا من غير جعل وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً.

فصل: وإن قال من رد عبدي من بلد كذا فله دينار فرده إنسان من نصف طريق ذلك البلد استحق نصف الجعل لأنه عمل نصف العمل، وكذلك لو قال من رد عبدي فله دينار فرد أحدهما فله نصف الدينار لأنه رد نصف العبدين وإن رد العبد من غير البلد المسمى فلا شيء له لأنه لم يجعل في رده منه شيئاً فأشبه ما لو جعل في رد أحد عبديه شيئاً فرد الآخر، ولو قال من رد عبدي فله دينار فرده إنسان إلى نصف الطريق فهرب منه لم يستحق شيئاً لأنه شرط الجعل برده ولم يرده وكذلك لو مات كما لو استأجر لخياطة ثوب فخاطه ولم يسلمه حتى تلف لم يستحق أجرة فإن قيل فإن كان الجاعل قال من وجد لقطتي فله دينار فقد وجد الوجدان؟ قلنا قرينة الحال تدل على اشتراط الرد والمقصود هو الرد لا الوجدان المجرد وإنما اكتفى بذكر الوجدان لأنه سبب الرد فصار كأنه قال من وجد لقطتي فردها عليّ.

فصل: والجعالة تساوي الإجارة في اعتبار العلم بالعوض وما كان عوضاً في الإجارة جاز أن يكون عوضاً في الجعالة وما لا فلا، وفي أن ما جاز العوض عليه في الإجارة من الأعمال جاز أخذه عليه في الجعالة وما لا يجوز أخذ الأجرة عليه في الإجارة مثل الغناء والزمر وسائر المحرمات لا يجوز أخذ الجعل عليه، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القربة مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لا يجوز أخذ الجعل عليه فإن كان مما يتعدى كالأذان والإقامة والحج ففيه وجهان كالروايتين في الإجارة ويفارق الإجارة في أنه عقد جائز وهي لازمة وأنه لا يعتبر العلم بالمدة ولا بمقدار العلم ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد معين، فعلى هذا متى شرط

عوضاً مجهولاً كقوله إن رددت عبدي فلك ثوب أو فلك سلبه أو شرط عوضاً محرماً كالخمر والحر أو غير مقدور عليه كقوله من رد عبدي فله ثلثه أو من رد عبدي فله أحدهما فرده إنسان استحق أجر المثل لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له فاستحق أجره كما في الإجارة.

فصل: ومن رد لقطة أو ضالة أو عمل لغيره عملاً غير رد الآبق بغير جعل لم يستحق عوضاً لا نعلم في هذا خلافاً لأنه عمل يستحق به العوض مع المعاوضة فلا يستحق مع عدمها كالعمل في الإجارة فإن اختلفا في الجعل فقال جعلت لي في رد لقطتي كذا فأنكره المالك فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل معه. وإن اتفقا على العوض واختلفا في قدره فالقول قول المالك لأن الأصل عدم الزائد المختلف فيه ولأن القول قوله في أصل العوض فكذلك في قدره كرب المال في المضاربة، ويحتمل أن يتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن والأجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر الأجر، فعلى هذا إن تحالفا فسخ العقد ووجب أجر المثل وكذلك الحكم إن اختلفا في المسافة فقال: جعلت لك الجعل على ردها من حلب. فقال: بل على رده حمص، وإن اختلفا في عين العبد الذي جعل الجعل في رده فقال: رددت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه قال: بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم ترده فالقول قول المالك لأنه أعلم بشرطه ولأنه ادعى عليه شرطاً في هذا العقد فأنكره والأصل عدم الشرط.

فصل: أما العبد الآبق فإنه يستحق الجعل برده وإن لم يشرط له. روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأصحاب الرأي. وقد روي عن أحمد أنه لم يكن يوجب ذلك. قال ابن منصور: سئل أحمد عن جعل الآبق فقال: لا أدري قد تكلم الناس فيه لم يكن عنده فيه حديث صحيح، فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه وهو ظاهر قول الخرقي فإنه قال: وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه، ولم يذكر جعلاً، وهذا قول النخعي والشافعي وابن المنذر، لأنه عمل لغيره عملاً من غير أن يشرط له عوضاً فلم يستحق شيئاً كما لو رد جمله الشارد.

ووجه الرواية الأولى ما روى عمرو بن دينار وابن أبي مليكة أن النبي ﷺ جعل في جعل الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً وأيضاً فإنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم في زمنهم مخالفاً فكان إجماعاً، ولأن في شرط الجعل في ردهم حثاً على رد الإباق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم، فينبغي أن يكون مشروعاً لهذه المصلحة، وبهذا فارق رد الشارد فإنه لا يفضي إلى ذلك. والرواية الأخرى أقرب إلى المصلحة لأن الأصل عدم الوجوب، والخبر المروي في هذا مرسل وفيه مقال ولم يثبت الإجماع فيه ولا القياس فإنه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ولا تحققت أيضاً فإنه ليس الظاهر هربهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها، إذا كانت قريبة وهذا بعيد فيهم. فأما على الرواية الأولى فقد اختلفت الرواية في قدر الجعل فروي عن أحمد أنه عشرة دراهم أو دينار إن رده من المصر وإن رده من خارجه ففيه روايتان:

إحداهما: يلزمه دينار أو اثني عشر درهماً للخبر المروي فيه ولأن ذلك يروى عن عمر رضي الله عنهما.

والثانية: له أربعون درهماً إن رده من خارج المصر. اختارها الخلال وهو قول ابن مسعود وشريح، فروى أبوعمرو الشيباني قال قلت لعبد الله بن مسعود: إني أصبت عبداً أبق. فقال: لك أجر وغنيمة. فقلت هذا الأجر فما الغنيمة؟ قال: من كل رأس أربعين درهماً.

وقال أبو إسحاق: أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهماً. وهذا يدل على أنه مستفيض في العصر الأول. قال الخلال: حديث ابن مسعود أصح إسناداً. وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: إذا وجده على مسيرة ثلاث فله ثلاثة دنانير. وقال أبو حنيفة: إن رده من مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهماً وإن كان من دون ذلك يرضخ له على قدر المكان الذي تعنى إليه ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجعل على قيمة العبد أو لا يزيد، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: إن كان قليل القيمة نقص الجعل من قيمته درهماً لئلا يفوت عليه العبد جميعه.

ولنا: عموم الدليل. ولأنه جعل يستحق في رد الآبق فاستحقه وإن زاد على قيمته كما لو جعله له صاحبه ويستحقه إن مات في تركته. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان الذي رده من ورثة المولى سقط الجعل.

ولنا: إن هذا عوض عن عمله فلا يسقط بالموت كالأجر في الإجارة وكما لو كان من غير ورثة المولى.

إذا ثبت هذا: فلا فرق بين فرق كون من رده معروفاً برد الإباق أو لم يكن، وبهذا قال أصحاب الرأي. وقال مالك: إن كان معروفاً بذلك استحق الجعل وإلا فلا. ولنا الخبر والأثر المذكور من غير تفريق. ولأنه رد آبقاً فاستحق الجعل كالمعروف بردهم.

فصل: ويجوز أخذ الآبق لمن وجده وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب وارتداده واشتغاله بالفساد في سائر البلاد بخلاف الضوال التي تحفظ لنفسها فإذا أخذه فهو أمانة في يده إن تلف بغير تفريطه فلا ضمان عليه وإن وجد صاحبه دفع إليه إذا أقام به البينة أو اعترف العبد أنه سيده وإن لم يجد سيده دفعه إلى الامام أو نائبه فيحفظه لصاحبه أو يبيعه إن رأى المصلحة في بيعه ونحو ذلك، قال مالك وأصحاب الرأي: ولا نعلم فيه مخالفاً وليس لملتقطه بيعه ولاتملكه بعد تعريفه. لأن العبد ينحفظ بنفسه فهو كضوال الإبل فإن باعه فالبيع فاسد في قول عامة أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي وإن باعه الإمام لمصلحة رآها في بيعه فجاء سيده فاعترف أنه كان أعتقه قبل منه. لأنه لا يجر إلى نفسه بهذا نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً ويحتمل أن لا يقبل لأنه ملك لغيره فلا يقبل إقراره في ملك غيره كما لو باعه السيد ثم أقر بعتقه فعلى هذا ليس لسيده أخذ ثمنه لأنه يقر

أنه حر ولا يستحق ثمنه ولكن يؤخذ إلى بيت المال لأنه مستحق له فهو كتركة من مات ولا وارث له فإن عاد السيد فأنكر العتق وطلب المال دفع إليه لأنه لا منازع له فيه.

فصل: وإذا أبق العبد فحصل في يد حاكم فأقام سيده بينة عند حاكم بلد آخر أن فلاناً الذي صفته كذا وكذا واستقصى صفاته عبد فلان بن فلان فلا أبق منه فقبل الحاكم بينته وكتب الحاكم إلى الحاكم الذي عنده العبد ثبت عندي إباق فلان الذي صفته كذا وكذا قبل كتابه وسلم إليه العبد وهذا قول أبي يوسف وأحد قولي الشافعي إلا أن أبا يوسف قال: يأخذ به كفيلاً لأن البينة أثبتته بصفاته كما ثبت في الذمة بوصفه في السلم. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجب تسليمه. لأنهم لا يشهدون على عينه وإنما يشهدون بالصفات وقد تتفق الصفات مع اختلاف الأعيان ويفارق المسلم فيه فإن الواجب أقل ما يوجد منه الصفة وهو غير معين.

ولنا: إنه يقبل كتاب الحاكم إلى الحاكم على شخص غائب ويؤخذ المحكوم عليه بالحق وليس ثم شهادة على عين وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته فكذا ها هنا إذا ثبت وجوب تسليمه فإن الحاكم الذي يسلمه يختم في عنقه خيطاً ضيقاً لا يخرج من رأسه ويدفعه إلى المدعي أو وكيله ليحمله إلى الحاكم الكاتب ليشهد الشهود على عينه فإن شهدوا بعينه سلم إلى مدعيه وإن لم يشهدوا أوجب رده إلى الحاكم الأول ويكون في ضمان الذي أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق.

مسألة: قال: (وإن كان التقطها قبل ذلك فردها لعلة الجعل لم يجز له أخذه).

إنما كان كذلك لأنه إذا التقطها قبل أن يبلغه الجعل فقد التقطها بغير عوض وعمل في مال غيره بغير جعل فلا يستحق شيئاً كما لو التقطها ولم يجعل ربها فيها شيئاً وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل فإنه إنما بذل منافعه بعوض جعل له فاستحقه كالأجير إذا عمل بعد العقد وسواء كان التقاطه لها بعد الجعل أو قبله لما ذكرنا ولا يستحق أخذ الجعل بردها لأن الرد واجب عليه من غير عوض فلم يجز أخذ العوض عن الواجب كسائر الواجبات، وإنما يأخذه الملتقط في موضع يجوز له أخذه عوضاً عن الالتقاط المباح.

إذا ثبت هذا: فإن ملتقطها قبل أن يبلغه الجعل لا يستحق شيئاً سواء ردها لعلة الجعل أو غيره. لأنه إذا لم يستحقه مع قصد إياه وعمله من أجله فلأن لا يستحقه مع عدم ذلك أولى، وإنما ذكر الخرقي ردها لعلة الجعل إن شاء الله لينبه به على عدم استحقاقه فيما إذا ردها لغير علته ولأن الحاجة إنما تدعو إلى معرفة الحكم فيمن يريد الجعل أما من تركه ولا يريده فلا يقع التنازع فيه غالباً والله أعلم.

مسألة: قال: (وإن كان الذي وجد اللقطة سفيهاً أو طفلاً قام وليه بتعريفها فإن تمت السنة ضمها إلى مال واجدها).

وجملة ذلك أن الصبي والمجنون والسفيه إذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الأخبار ولأن هذا تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب: وإن تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنه أخذ ما له أخذه، وإن تلفت بتفريطه ضمنها في ماله وإذا علم بها وليه لزمه أخذها لأنه ليس من أهل الحفظ والأمانة فإن تركها في يده ضمنها لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتعلق به حقه فإذا تركها في يده كان مضيعاً لها وإذا أخذها الولي عرفها لأن واجدها ليس من أهل التعريف فإذا انقضت مدة التعريف دخلت في ملك واجدها. لأن سبب الملك تم شرطه فيثبت الملك له كما لو اصطاد صيداً وهذا مذهب الشافعي إلا أن أصحابه قالوا إذا انقضت مدة التعريف فكان الصبي والمجنون بحيث يستقرض لهما يتملكه لهما وإلا فلا وقال بعضهم: يتملكه لهما بكل حال لأن الظاهر عدم ظهور صاحبه فيكون تملكه مصلحة له.

ولنا: عموم الأخبار ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صح التقاط صبي لا يجوز الاقتراض له. لأنه يكون تبرعاً بحفظ مال غيره من غير فائدة.

فصل: قال أحمد في رواية العباس بن موسى في غلام له عشر سنين التقط لقطة ثم كبر. فإن وجد صاحبها دفعها إليه وإلا تصدق بها، قد أمضى أجل التعريف فيما تقدم من السنين ولم يرد عليه استقبال أجل التعريف. قال: وقد كنت سمعته قبل هذا أو بعده يقول في انقضاء أجل التعريف إذا لم يجد صاحبها أيتصدق بمال الغير؟ وهذه المسألة قد مضى نحوها فيما إذا لم يعرف الملتقط اللقطة في حولها. فإنه لا يملكها وإن عرفها فيما بعد ذلك. لأن التعريف بعده لا يفيد ظاهراً لكون صاحبها يئس منها وترك طلبها، وهذه المسألة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر كان كتركه لغير عذر لكون الصبي من أهل العذر وقد ذكرنا في هذا وجهين فيما تقدم. وقال أحمد في غلام لم يبلغ أصاب عشرة دنانير فذهب بها إلى منزله فضاعت فلما بلغ أراد ردها فلم يعرف صاحبها تصدق بها وإن لم يجد عشرة وكان يجحف به تصدق قليلاً قليلاً. قال القاضي: معنى هذا أنها تلفت بتفريط الصبي وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها.

فصل: فإذا وجد العبد لقطة فله أخذها بغير إذن سيده ويصح التقاطه. وبذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: لا يصح التقاطه لأن اللقطة في الحول الأول أمانة وولاية في الثاني تملك والعبد ليس من أهل الولايات ولا الملك.

ولنا: عموم الخبر، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه فصح من العبد كالاحتطاب والاصطياد، ولأن من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحر، وقولهم: إن العبد ليس من أهل الولايات والأمانات يبطل بالصبي والمجنون فإنهما أدنى حالاً منه في هذا، وقولهم: إن العبد لا يملك ممنوع، وإن سلمنا، فإنه يتملك لسيده كما يحصل بسائر الاكتساب، ولأن الالتقاط تخليص مال من الهلاك فجاز من العبد بغير إذن سيده كإنقاذ المال الغريق والمغصوب. إذا ثبت هذا: فإن التقط العبد لقطة كانت أمانة في يده إن تلفت بغير تفريط في حول التعريف لم يضمن وإن تلفت بتفريطه أو إتلاف وجب ضمانها في رقبته كسائر جناياته،

وإن عرفها صح تعريفه لأن له قولاً صحيحاً فصح تعريفه كالحر. فإذا تم حول التعريف ملكها سيده. لأن الالتقاط كسب العبد وكسبه لسيده. وإن علم السيد بلقطة عبده كان له انتزاعها منه لأنها من كسب العبد وللسيد انتزاع كسبه من يده فإذا انتزعها بعد أن عرفها العبد ملكها وإن كان لم يعرفها عرفها سيده حولاً كاملاً وإن كان العبد قد عرفها بعض الحول عرفها السيد تمامه. فإن اختار السيد إقرارها في يد عبده نظرت فإن كان العبد أميناً جاز وكان السيد مستعيناً بعبده في حفظها كما يستعين به في حفظ ماله، وإن كان العبد غير أمين كان السيد مفرطاً بإقرارها في يده ولزمه ضمانها كما لو أخذها من يده ثم ردها إليه لأن يد العبد كيده وما يستحق بها فهو لسيده، وإن أعتق السيد عبده بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده لأنها من كسبه وإكسابه لسيده، ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها لزمه سترها عنه وتسليمها إلى الحاكم ليعرفها ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان فإن أعلم سيده بها فلم يأخذها منه أو أخذها فعرفها وأدى الأمانة فيها فتلفت في الحول الأول بغير تفريطه فلا ضمان فيها لأنها لم تتلف بتفريط من أحدهما وإن لم يؤد الأمانة فيها وجب ضمانها، ويتعلق الضمان برقبة العبد وذمة السيد جميعاً لأن التفريط حصل منهما جميعاً.

فصل: والمكاتب كالحر في اللقطة لأن المال له في الحال وإكسابه له دون سيده واللقطة من اكتسابه فإن عجز عاد عبداً وصار حكمه في اللقطة حكم العبد على ما مر بيانه، وأم الولد والمعلق عتقه بصفة والمدبر كالقن، ومن نصفه حر إذا التقط شيئاً ولم يكن بينه وبين سيده مهايأة فهو بينهما بعد التعريف نصفين كسائر أكسابه وهي بينهما في حول التعريف كالحرين التقطا لقطة، وإن كان بينهما مهايأة ففيها وجهان:

أحدهما: لا تدخل في المهايأة. لأنها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم تدخل في المهايأة وتكون بينهما.

والثاني: تدخل في المهايأة لأنها من كسبه فأشبهت سائر أكسابه فإن وجدها في يومه فهي له، وإن وجدها في يوم سيده فهي له، وإن كان العبد مشتركاً بين اثنين فلقطته بينهما على ما ذكرنا فيمن بعضه حر وبعضه رقيق.

فصل: والذمي في الالتقاط كالمسلم ومن أصحاب الشافعي من قال: ليس له الالتقاط في دار الإسلام لأنه ليس من أهل الأمانة.

ولنا: إنها نوع اكتساب فكان من أهلها كالحش والاحتطاب وما ذكروه يبطل بالصبي والمجنون فإنه يصح التقاطهما مع عدم الأمانة. إذا ثبت هذا: فإنه إن عرف اللقطة حولاً ملكها كالمسلم، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم إليه مشرفاً عدلاً يشرف عليه ويعرفها لأننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه وأجر المشرف عليه فإذا تم حول التعريف ملكها الملتقط ويحتمل أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يد عدل لأنه غير مأمون عليها.

فصل: ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ اللقطة لأنه يعرض نفسه للأمانة وليس هو من أهلها فإن التقط صح التقاطه لأنها جهة من جهات الكسب وهو من أهل الكسب، ولأنه إذا صح التقاط الكافر فالمسلم أولى فإذا التقطها فعرفها حولاً ملكها كالعدل، وإن علم الحاكم أو السلطان بها أقرها في يده وضم إليه مشرفاً يشرف عليه ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي لأنه لا نأمنه عليها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه، وقال في الآخر: ينزعها من يده ويضعها في يد عدل.

ولنا: إن من خلى بينه وبين الوديعة لم تزل يده عن اللقطة كالعدل والحفظ يحصل بضم المشرف إليه وإن لم يمكن المشرف حفظها منه انتزعت من يده وتركت في يد عدل فإذا عرفها وتمت السنة ملكها ملتقطها لأن سبب الملك وجد منه.

مسألة: قال: (وإذا وجد الشاة بمصر أو بمهلكة فهي لقطة).

يعني أنه يباح أخذها والتقاطها وحكمها إذا أخذها حكم الذهب والفضة في التعريف والملك بعده، هذا الصحيح من مذهب أحمد وقول أكثر أهل العلم، قال ابن عبد البر: أجمع على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع وهي الثعلب وابن آوى والذئب وولد الأسد ونحوها فيما لا يمتنع منها كفصلان الإبل وعجول البقر وأفلاء[1] الخيل والدجاج والإوز ونحوها ويجوز التقاطه ويروى عن أحمد رواية أخرى ليس لغير الإمام التقاطها: وقال الليث بن سعد: لا أحب أن يقر بها إلا أن يحرزها لصاحبها لقول رسول الله ﷺ: «لا يؤوي الضالة إلا ضال» ولأنه حيوان أشبه الإبل.

ولنا: قول النبي ﷺ لما سئل عن الشاة: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» متفق عليه، ولأنه يخشى عليه التلف والضياع فأشبه لقطة غير الحيوان، وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به والقياس على الإبل لا يصح فإن النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها حذاءها وسقاءها وهذا معدوم في الغنم ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك منه إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمهلكة، وقال مالك وأبو عبيد وابن المنذر في الشاة توجد في الصحراء اذبحها وكلها، وفي المصر ضمها حتى يجدها صاحبها لأن النبي ﷺ قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» والذئب لا يكون في المصر.

ولنا: إن النبي ﷺ قال: «خذها» ولم يفرق ولم يستفصل ولو افترق الحال لسأل أو استفصل ولأنها لقطة فاستوى فيها المصر والصحراء كسائر اللقطات. وقولهم إن الذئب لا يكون إلا في الصحراء قلنا كونها للذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصر. إذا ثبت هذا

(١) أفلاء: جمع فلو بكسر الفاء وسكون اللام ولد الفرس.

فإنه متى عرفها حولاً كاملاً ملكها وذكر القاضي وأبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه لا يملكها ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها.

ولنا: قول النبي ﷺ: «هي لك أو لأخيك» فأضافها إليه بلام التمليك ولأنها يباح التقاطها فملكت بالتعريف كالأثمان ولأن ذلك إجماع حكاه ابن عبد البر.

فصل: ويتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء (أكلها في الحال) وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وغيرهم، قال ابن عبد البر: أجمعوا على أن ضالة الغنم في المواضع المخوف عليها له أكلها، والأصل في ذلك قول النبي ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» فجعلها له في الحال وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يستأني بأكلها ولأن في أكلها في الحال إغناء عن الإنفاق عليها وحراسة لماليتها على صاحبها إذا جاء فإنه يأخذ قيمتها بكمالها من غير نقص وفي إبقائها تضييع للمال بالإنفاق عليها والغرامة في علفها فكان أكلها أولى، ومتى أراد أكلها حفظ صفتها فمتى جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم إلا مالكاً فإنه قال: كلها ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف لقول النبي ﷺ: «هي لك» ولم يوجب فيها تعريفاً ولا غرماً وما سوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يعرف ولا يغرم، قال ابن عبد البر لم يوافق مالكاً أحد من العلماء على قوله، وقول النبي ﷺ في حديث عبد الله بن عمرو: «رد على أخيك ضالته» دليل على أن الشاة على ملك صاحبها ولأنها لقطة لها قيمة وتتبعها النفس فتجب غرامتها لصاحبها إذا جاء كغيرها ولأنها ملك لصاحبها فلم يجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه كما لو كانت بين البنيان ولأنها عين يجب ردها مع بقائها فوجب غرمها إذا أتلفها كلقطة الذهب وقول النبي ﷺ: «هي لك» لا يمنع وجوب غرامتها فإنه قد أذن في لقطة الذهب والورق بعد تعريفها في أكلها وإنفاقها، وقال: هي كسائر مالك ثم أجمعنا على وجوب غرامتها كذلك الشاة ولا فرق في إباحة أكلها بين وجدانها في الصحراء أو في المصر، وقال مالك وأبو عبيد وأصحاب الشافعي وابن المنذر: ليس له أكلها في المصر لأنه يمكن بيعها بخلاف الصحراء.

ولنا: إن ما جاز أكله في الصحراء أبيح في المصر كسائر المأكولات ولأن النبي ﷺ قال: «هي لك» ولم يفرق ولأن أكلها معلل بما ذكرنا من الاستغناء عن الإنفاق عليها، وهذا في المصر أشد منه في الصحراء.

الثاني: أن يمسكها على صاحبها وينفق عليها من ماله ولا يتملكها، وإن أحب أن ينفق عليها محتسباً بالنفقة على مالكها وأشهد على ذلك فهل له أن يرجع بالنفقة على روايتين:

إحداهما: يرجع به نص عليه في رواية المروذي في طيرة أفرخت عند قوم فقضى أن الفراخ لصاحب الطيرة ويرجع بالعلف إذا لم يكن متطوعاً، وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها وجاء ربها بأنه يغرم له ما أنفق وذلك لأنه أنفق على اللقطة لحفظها فكان من مال صاحبها كمؤنة الرطب والعنب.

والرواية الثانية: لا يرجع بشيء وهو قول الشعبي والشافعي ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع كما لو بنى داره، ويفارق العنب والرطب فإنه ربما كان تجفيفه والإنفاق عليه في ذلك أحظ لصاحبه لأن النفقة لا تتكرر والحيوان يتكرر الإنفاق عليه فربما استغرق قيمته فكان بيعه أو أكله أحظ فلذلك لم يحتسب المنفق عليها بما أنفق.

الثالث: أن يبيعها ويحفظ ثمنها لصاحبها وله أن يتولى ذلك بنفسه وقال بعض أصحاب الشافعي يبيعها بإذن الإمام.

ولنا: إنه إذا جاز له أكلها بغير إذن فبيعها أولى، ولم يذكر أصحابنا لها تعريفاً في هذه المواضع وهذا قول مالك لحديث زيد بن خالد فإنه ﷺ قال: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» ولم يأمر بتعريفها كما أمر في لقطة الذهب والورق.

ولنا: إنها لقطة لها خطر فوجب تعريفها كالمطعوم الكثير وإنما ترك ذكر تعريفها لأنه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها فاستغنى بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط التعريف كالمطعوم.

فصل: إذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته ولا يلزمه عزلها لعدم الفائدة في ذلك فإنها لا تنتقل من الذمة إلى المال المعزول ولو عزل شيئاً ثم أفلس كان صاحب اللقط أسوة الغرماء ولم يختص بالمال المعزول وإن باعها وحفظ ثمنها وجاء صاحبها أخذه ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء لأنه عين ماله لا شيء للمفلس فيه.

فصل: وإذا التقط ما لا يبقى عاماً فذلك نوعان:

أحدهما: ما لا يبقى بعلاج ولا غيره كالطبيخ والبطيخ والفاكهة التي لا تجفف والخضروات فهو مخير بين أكله وبيعه وحفظ ثمنه ولا يجوز إبقاؤه لأنه يتلف، فإن تركه حتى تلف فهو من ضمانه لأنه فرط في حفظه فلزمه ضمانه كالوديعة، فإن أكله ثبتت القيمة في ذمته على ما ذكرناه في لقطة الغنم وإن باعه وحفظ ثمنه جاز وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وله أن يتولى بيعه بنفسه، وعن أحمد له بيع اليسير، وإن كان كثيراً دفعه إلى السلطان وقال أصحاب الشافعي: ليس له بيعه إلا بإذن الحاكم فإن عجز عنه جاز البيع بنفسه لأنه حال ضرورة فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير إذنه لأنه مال معصوم لا ولاية عليه فلم يجز لغير الحاكم بيعه كغير اللقطة.

ولنا: إنه مال أبيح للملتقط أكله فأبيح له بيعه كماله ولأنه مال أبيح له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه كما له. إذا ثبت هذا: فإنه متى أراد أكله أو بيعه حفظ صفاته ثم عرفه عاماً فإذا جاء صاحبه فإن كان قد باعه وحفظ ثمنه دفعه إليه وإن كان قد أكله أو أكل ثمنه غرمه له بقيمته يوم أكله وإن تلف الثمن بغير تفريط قبل تملكه أو نقص أو تلف العين أو

نقصت من غير تفريط فلا ضمان على الملتقط، وإن تلفت أو نقص الثمن لتفريطه فعلى الملتقط ضمانه وكذلك إن تلف الثمن بعد تملكه أو نقص ضمنه.

النوع الثاني: ما يمكن إبقاؤه بالعلاج كالعنب والرطب فينظر ما فيه الحظ لصاحبه فإن كان في التجفيف جففه، ولم يكن له إلا ذلك لأنه مال غيره فلزمه ما فيه الحظ لصاحبه كولي اليتيم، وإن احتاج في التجفيف إلى غرامة باع بعضه في ذلك، وإن كان الحظ في بيعه باعه وحفظ ثمنه كالطعام والرطب فإن تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين أكله كالبطيخ وإن كان أكله أنفع لصاحبه فله أكله أيضاً لأن الحظ فيه ويقتضي قول أصحابنا أن العروض لا تملك بالتعريف أن هذا كله لا يجوز له أكله لكن يخير بين الصدقة به وبين بيعه، وقد قال أحمد فيمن يجد في منزله طعاماً لا يعرفه يعرفه ما لم يخش فساده فإن خشي فساده تصدق به فإن جاء صاحبه غرمه وكذلك قال مالك وأصحاب الرأي في لقطة ما لا يبقى سنة يتصدق به وقال الثوري يبيعه ويتصدق بثمنه.

ولنا: على جواز أكله قول النبي ﷺ في ضالة الغنم: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» وهذا تجويز للأكل فإذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه ففيما يفسد ببقائه أولى.

مسألة: قال: (ولا يتعرض لبعير ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه).

وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه ولا التعرض له سواء كان لكبر جثته كالإبل والخيل والبقر أو لطيرانه كالطيور كلها أو لسرعته كالظباء والصيود أو بنابه كالكلاب والفهود؟ وقال عمر رضي الله عنه من أخذ ضالة فهو ضال أي مخطىء وبهذا قال الشافعي والأوزاعي وأبو عبيد، وقال مالك والليث في ضالة الإبل من وجدها في القرى عرفها، ومن وجدها في الصحراء لا يقربها، ورواه المزني عن الشافعي، وكان الزهري يقول: من وجد بدنة فليعرفها فإن لم يجد صاحبها فلينحرها قبل أن تنقضي الأيام الثلاثة، وقال أبو حنيفة في لفظ يباح التقاطها لأنها لقطة أشبهت الغنم.

ولنا: قول رسول الله ﷺ لما سئل عنها «ما لك ولها؟ معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها» وسئل رسول الله ﷺ فقيل يا رسول الله ﷺ إنا نصيب هوامي الإبل قال: «ضالة المسلم حرق النار» وروي عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت، وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يؤوي الضالة إلا ضال» رواه أبو داود بمعناه، وقياسهم يعارض صريح النص، وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر؟ على أن الإبل تفارق الغنم لضعفها وقلة صبرها عن الماء.

فصل: فإن كانت الصيود مستوحشة إذا تركت رجعت إلى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها ولو كان المقصود حفظها في أنفسها لما جاز التقاط الأثمان فإن الدينار دينار حيثما كان.

فصل: والبقرة كالإبل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي عبيد، وحكي عن مالك أن البقرة كالشاة.

ولنا: خبر جرير فإنه طرد البقرة ولم يأخذها ـ ولأنها تمتنع عن صغار السباع وتجزىء في الأضحية والهدي عن سبعة فأشبهت الإبل وكذا الحكم في الخيل والبغال فأما الحمر فجعلها أصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز التقاطه لأن لها أجساماً عظيمة فأشبهت البغال والخيل ولأنها من الدواب فأشبهت البغال، والأولى إلحاقها بالشاة لأن النبي ﷺ علل الإبل بأن معها حذاءها وسقائها يريد شدة صبرها عن الماء لكثرة ما توعي في بطونها منه وقوتها على وروده وفي إباحة ضالة الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب إياها بقوله: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» والحمر مساوية للشاة في علتها فإنها لا تمتنع من الذئب، ومفارقة للإبل في علتها فإنها لا صبر لها عن الماء ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عنه فيقال ما بقي من مدتها إلا ظمء[1] حمار. وإلحاق الشيء بما ساواه في علة الحكم وفارقه في الصورة أولى من إلحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة، فأما غير الحيوان فما كان منه ينحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكبير من الخشب وقدور النحاس فهو كالإبل في تحريم أخذه بل أولى منه لأن الإبل تتعرض في الجملة للتلف إما بالأسد وإما بالجوع والعطش وغير ذلك وهذه بخلاف ذلك، ولأن هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف الحيوان، فإذا حرم أخذ الحيوان فهذه أولى.

فصل: فإن أخذ الحيوان الذي لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه إماماً كان أو غيره لأنه أخذ ملك غيره بغير إذنه ولا أذن الشارع له فهو كالغاصب فإن رده إلى موضعه لم يبرأ من الضمان وبهذا قال الشافعي، وقال مالك: يبرأ لأن عمر رضي الله عنه قال أرسله في الموضع الذي أصبته فيه: وجرير طرد البقرة التي لحقت ببقره.

ولنا: إن ما لزمه ضمانه لا يزول عنه إلا برده إلى صاحبه أو نائبه كالمسروق والمغصوب، وأما حديث جرير فإنه لم يأخذ البقرة ولا أخذها راعيه إنما لحقت بالبقر فطردها عنها فأشبه ما لو دخلت داره فأخرجها، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث ثبتت يده عليها لا يلزمه ضمانها سواء طردها أو لم يطردها، وإن أخذها فلزمه ضمانها فدفعها إلى الإمام أو نائبه زال عنه الضمان لأن له نظراً في ضوال الناس بدليل أن له أخذها فكان نائباً عن أصحابها فيها.

فصل: وللإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها لأن عمر رضي الله عنه حمى موضعاً يقال له النقيع لخيل المجاهدين والضوال. ولأن للإمام نظرا في حفظ مال الغائب وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ولا يلزمه تعريفها لأن عمر رضي الله عنه لم يكن يعرف الضوال، ولأنه إذا عرف ذلك فمن كانت له ضالة فإنه يجيء إلى موضع الضوال فإذا عرف ضالته أقام البينة عليها وأخذها ولا يكتفي فيها بالصفة لأنها ظاهرة بين الناس فيعرف صفاتها من رآها من

---

(١) ظمء: المدة بين الشربتين.

غير أهلها فلا تكون الصفة لها دليلاً على ملكـه لها، ولأن الضـالة قـد كانت ظـاهرة بـين الناس حين كانت في يد مالكها فلا يختص هـو بمعرفـة صفاتهـا دون غيره فلم يكن ذلـك دليلاً ويمكنـه إقامة البينة عليها لظهورها للناس ومعرفة خلطائه وجيرانه بملكه إياها.

فصل: وإن أخذها غير الإمام أو نائبه ليحفظها لصاحبهـا لم يجز لـه ذلك ولـزمه ضـمانها لأنه لا ولاية له على صاحبها وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولأصحابه وجه أن له أخذها لحفظهـا قياساً على الإمام، ولا يصح لأن النبي ﷺ منع أخذها من غير تفريق بين قاصد الحفظ وقاصـد الالتقاط ولا يصح القياس على الإمام لأن له ولايـة وهذا لا ولايـة له، وإن وجـدها في مـوضع يخاف عليها به مثل أن يجدها بأرض مسبعة يغلب على الظن أن الأسد يفترسهـا إن تركت بـه أو فرساً من دار الحرب يخاف عليها من أهلها أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين كواد التيم أو في برية لا ماء بها ولا مرعى فالأولى جواز أخذها للحفظ ولا ضمان على آخذهـا لأن فيه إنقـاذها من الهـلاك فأشبـه تخليصها من غـرق أو حريق فـإذا حصلت في يده سلمهـا إلى نـائب الإمـام وبرىء من ضمانها ولا يملكها بالتعريف لأن الشرع لم يرد ذلك فيها.

فصل: وما يحصل عند الإمام من الضوال فإنه يشهـد عليها ويسمهـا بأنها ضـالة ثم إن كان له حمى ترعى فيه تـركها فيـه إن رأى ذلك، وإن رأى المصلحـة في بيعها وحفظ ثمنهـا أو لم يكن له حمى باعها بعد أن يحليها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها لصاحبها فـإنّ ذلك أحفظ لهـا لأن تركها يفضي إلى أن تأكل جميع ثمنها.

فصل: ومن ترك دابة بمهلكة فأخذها إنسان فأطعمها وسقاها وخلصهـا ملكها وبـه قال الليث والحسن بن صالح وإسحاق إلا أن يكون تركها ليرجع إليهـا أو ضلت منه، وقـال مالـك هي لمالكها الأول ويغـرم ما أنفق عليهـا، وقال الشـافعي وابن المنذر هي لمـالكها والآخـر متبرع بالنفقة لا يرجع بشيء لأنه ملك غيره فلم يملكه بغير عوض من غير رضـاه كما لـو كانت في غـير مهلكة ولا يملك الرجوع لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع بشيء كما لو بنى داره.

ولنـا: ما روى الشعبي أن رسـول الله ﷺ قال: «من وجـد دابـة قـد عجـز عنهـا أهلهـا فسيبوها فأخذها فأحياها فهي لـه» قال عبـد الرحمن فقلت ـ يعني للشعبي ـ من حـدثك بهـذا؟ قـال غير واحـد من أصحاب رسـول الله ﷺ رواه أبو داود بـإسناده، وفي لفظ عن الشعبي عن النبي ﷺ أنه قال: «من ترك دابة بمهلكة فأحياها رجل فهي لمن أحياهـا» ولأن في الحكم بملكها إحياءها وإنقاذها من الهلاك وحفظاً للمال عن الضيـاع ومحافـظة على حـرمة الحيـوان وفي القول بأنها لا تملك تضيـيع لذلك كله من غير مصلحة تحصل، ولأنه نبذ رغبة عنـه وعجزاً عن أخـذه فملكه آخذه كالساقط من السنبل وسائر ما ينبذه الناس رغبة عنه.

فصل: وإن ترك متاعاً فخلصه إنسان لم يملكه لأنه لا حـرمة لـه في نفسه ولا يخشى عليـه التلف كالخشية على الحيوان فإن الحيوان يمـوت إذا لم يطعم ويسقى وتـأكله السباع والمتـاع يبقى حتى يـرجع إليـه صاحبـه، وإن كان المـتروك عبداً لم يملك بـأخـذه لأن العبـد في العـادة يمكنـه

التخلص إلى الأماكن التي يعيش فيها بخلاف البهيمة وله أخذ العبد والمتاع ليخلصه لصاحبه وله أجر مثله في تخليص المتاع نص عليه وكذلك في العبد على قياسه.

قال القاضي: يجب أن يحمل قوله في وجوب الأجر على أنه جعل له ذلك أو أمره به، فأما إن لم يجعل له شيئاً فلا جعل له لأنه عمل في مال غيره بغير جعل فلم يستحق شيئاً كالملتقط وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد فإنه لو جعل له جعلاً لاستحقه ولم يجعل له أجر المثل ويفارق هذا الملتقط فإن الملتقط لم يخلص اللقطة من الهلاك ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها من مكانها فيجدها وها هنا إن لم يخرجه هذا ضاع وهلك ولم يرجع إليه صاحبه ففي جعل الأجر فيه حفظ للأموال من غير مضرة فجاز ذلك كالجعل في الآبق، ولأن اللقطة جعل فيها الشارع ما يحث على أخذها وهو ملكها إن لم يجيء صاحبها فاكتفي به عن الأجر فينبغي أن يشرع في هذا ما يحث على تخليصه بطريق الأولى وليس إلا الأجر، فأما ما ألقاه ركاب البحر فيه خوفاً من الغرق فلم أعلم لأصحابنا فيه قولاً سوى عموم قولهم الذي ذكرناه، ويحتمل أن يملك هذا من أخذه وهو قول الليث بن سعد وبه قال الحسن فيمن أخرجه قال: وما نضب عنه الماء فهو لأهله، وقال ابن المنذر يرده على أصحابه ولا جعل له ويقتضيه قول الشافعي والقاضي لما تقدم، ومقتضى قول الإمام أبي عبد الله أن لمن أنقذه أجر مثله لما ذكرنا، ووجه ما ذكرناه من الاحتمال أن هذا مال ألقاه صاحبه فيما يتلف بتركه فيه اختياراً منه فملكه من أخذه كالذي ألقوه رغبة عنه، ولأن فيما ذكروه تحقيقاً لإتلافه فلم يجز كمباشرته بالإتلاف، فأما إن انكسرت السفينة فأخرجه قوم فقال مالك: يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ولا شيء للذي أصابوه وهذا قول الشافعي وابن المنذر والقاضي وعلى قياس نص أحمد يكون لمستخرجه أجر المثل لأن ذلك وسيلة إلى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيانته عن الغرق فإن الغواص إذا علم أنه يدفع إليه الأجر بادر إلى التخليص ليخلصه، وإن علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه في استخراجه فينبغي أن يقضي له بالأجر كجعل رد الآبق.

فصل: ذكر القاضي فيما إذا التقط عبداً صغيراً أو جارية أن قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف، وقال الشافعي: يملك العبد دون الجارية ولأن التملك بالتعريف عنده اقتراض والجارية عنده لا تملك بالقرض وهذه المسألة فيها نظر فإن اللقيط محكوم بحريته، فإن كان ممن يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك لم يقبل إقراره لأن الطفل لا قول له ولو اعتبر قوله في ذلك لاعتبر في تعريفه سيده والله أعلم.

كتاب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ، واللقيط بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول كقولهم قتيل وجريح وطريح، والتقاطه واجب لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]. ولأن فيه إحياء نفسه فكان واجباً كإطعامه إذا اضطر وإنجائه من الغرق، ووجوبه على الكفاية إذا قام به واحد سقط عن الباقين، فإن تركه الجماعة أثموا كلهم إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه. وروي عن سنين أبي جميلة[١] قال: وجدت ملفوفاً فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال عريفي يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح، فقال عمر: أكذلك هو؟ قال: نعم. قال فاذهب فهو حر ولك وَلاؤه وعلينا نفقته. رواه سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنيناً أبا جميلة بهذا وقال علينا رضاعه.

مسألة: قال: (واللقيط حر).

وجملة ذلك: أن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي، قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر. روينا هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم وحمادة ومالك والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ومن تبعهم، وقال النخعي: إن التقطه للحسبة فهو حر وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ولا يصح في النظر فإن الأصل في الآدميين الحرية فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق للعارض فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل.

فصل: ولايخلو اللقيط من أن يوجد في دار الإسلام أو في دار الكفر فأما دار الإسلام فضربان:

---

(١) سنين أبو جميلة أدرك النبي ﷺ وشهد عام الفتح روى عنه الزهري وزيد بن أسلم؛ سئل أبو زرعة عن سنين هذا في اللقيط فلم يكن ثبتاً ولم يكن بالمشهور عنده.

أحدهما: دار اختطها المسلمون كبغداد والبصرة والكوفة فلقيط هذه محكوم بإسلامه، وإن كان فيها أهل الذمة تغليباً للإسلام ولظاهر الدار ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

الثاني: دار فتحها المسلمون كمدائن الشام فهذه إن كان فيها مسلم واحد حكم بإسلام لقيطها لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليباً للإسلام وإن لم يكن فيها مسلم بل كل أهلها ذمة حكم بكفره. لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال. وأما بلد الكفار فضربان أيضاً:

أحدهما: بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كالساحل فهذا كالقسم الذي قبله إن كان فيه مسلم واحد حكم بإسلام لقيطه، وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر، وقال القاضي: يحكم إسلامه أيضاً لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه بخلاف الذي قبله فإنه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الإسلام، وإن كان بلد كان للمسلمين ثم غلب عليه المشركون ثم ظهر عليه المسلمون وأقروا فيه أهله بالجزية فهذا كالقسم الثاني من دار الإسلام.

الثاني: دار لم تكن للمسلمين أصلاً كبلاد الهند والروم فإن لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر لأن الدار لهم وأهلها منهم، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم احتمل أن يحكم بإسلامه تغليباً للإسلام واحتمل أن يحكم بكفره تغليباً للدار والأكثر، وهذا التفصيل كله مذهب الشافعي. قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد أن غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين. قال إذا وجد لقيط في قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر. هذا قول أصحاب الشافعي وأصحاب الرأي.

فصل: وفي الموضع الذي حكمنا بإسلامه إنما يثبت ذلك ظاهراً لا يقيناً لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر فلو أقام كافر بينة أنه ولده ولد على فراشه حكمنا له به وإذا بلغ اللقيط حداً يصح فيه إسلامه وردته فوصف الإسلام فهو مسلم سواء كان ممن حكم بإسلامه أو كفره، وإن وصف الكفر وهو ممن حكم بإسلامه فهو مرتد لا يقر على كفره وبهذا قال أبو حنيفة. وذكر القاضي وجهاً أنه يقر على كفره وهو منصوص الشافعي. لأن قوله أقوى من ظاهر الدار وهذا وجه مظلم لأن دليل الإسلام وجد عرياً عن المعارض وثبت حكمه واستقر فلم يجز إزالة حكمه بقوله كما لو كان ابن مسلم، وقوله لا دلالة فيه أصلاً لأنه لا يعرف في الحال من كان أبوه ولا ما كان دينه وإنما يقول هذا من تلقاء نفسه فعلى هذا إذا بلغ استتيب ثلاثاً فإن تاب وإلا قتل، فأما على قولهم فقال القاضي: إن وصف كفراً يقر أهله عليه بالجزية عقدت له الذمة فإن امتنع من التزامها أو وصف كفراً لا يقر أهله عليه ألحق بمأمنه، وهذا بعيد جداً فإن هذا اللقيط لا يخلو من أن يكون ابن وثني حربي فهو حاصل في يد المسلمين بغير عهدة ولا عقد فيكون لواجده ويصير مسلماً بإسلام سابيه أو يكون ابن ذميين أو أحدهما ذمي فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب أو يكون ابن مسلم أو ابن مسلمين فيكون مسلماً، قال أحمد في أمة نصرانية

ولدت من فجور ولدها مسلم لأن أبويه يهودانه وينصرانه وهذا ليس معه إلا أمه، وإذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه فكيف يرد إلى دار الحرب.

فصل: إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة فالعقل على بيت المال لأن ميراثه له ونفقته عليه، وإن جنى جناية لا تحملها العاقلة فحكمه فيها غير حكم اللقيط إن كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتص منه وإن كانت موجبة للمال وله مال استوفى منه وإلا كان في ذمته حتى يوسر، وإن جنى عليه في النفس جناية توجب الدية فهي لبيت المال لأنه وارثه وإن كان عمداً محضاً فالإمام مخير بين استيفاء القصاص إن رآه أحظ للملاقيط والعفو على مال، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأبو حنيفة إلا أنه يخيره بين القصاص والمصالحة، وذلك لقول النبي ﷺ: «فالسلطان ولي من لا ولي له» وإن جنى عليه فيما دون النفس جناية توجب الأرش قبل بلوغه فلوليه أخذ الأرش وإن كانت عمداً موجبة للقصاص وللقيط مال يكفيه وقف الأمر على بلوغه ليقتص أو يعفو سواء كان عاقلاً أو معتوهاً، وإن لم يكن له مال وكان عاقلاً انتظر بلوغه أيضاً وإن كان معتوهاً فللولي العفو على مال يأخذه له لأن المعتوه ليست له حال معلومة منتظرة فإن ذلك قد يدوم به والعاقل له حال منتظرة فافترقا، وفي الحال التي ينتظر بلوغه فإن الجاني يحبس حتى يبلغ اللقيط فيستوفي لنفسه وهذا مذهب الشافعي، وقد روي عن أحمد رواية أخرى أن للإمام استيفاء القصاص له وهو مذهب أبي حنيفة لأنه أحد نوعي القصاص فكان للإمام استيفاؤه عن اللقيط كالقصاص في النفس.

ولنا: إنه قصاص لم يتحتم استيفاؤه فوقف على قوله كما لو كان بالغاً غائباً، وفارق القصاص في النفس فإن القصاص ليس هو له إنما هو لوارثه والإمام المتولي له.

فصل: وإن قذف اللقيط بعد بلوغه محصناً حد ثمانين لأنه حر، وإن قذفه قاذف وهو محصن فعليه الحد لأنه محكوم بحريته، فإن ادعى القاذف أنه عبد فصدقه اللقيط سقط الحد لإقرار المستحق بسقوط الحد ويجب التعزير لقذفه من ليس بمحصن، وإن كذبه اللقيط وقال: إني حر فالقول قوله لأنه محكوم بحريته فقوله موافق للظاهر ولذلك أوجبنا عليه حد الحر إذا كان قاذفاً وأوجبنا له القصاص، وإن كان الجاني حراً، ويحتمل أن يكون القول قول القاذف لأنه يحتمل صحة ما قاله بأن يكون ابن أمة فيكون ذلك شبهة والحد يندرىء بالشبهات، وفارق القصاص له إذا ادعى الجاني عليه أنه عبد، لأن القصاص ليس بحد وإنما وجب حقاً لآدمي ولذلك جازت المصالحة عنه وأخذ بدله بخلاف حد القذف، ويتخرج من هذا أن اللقيط إذا كان قاذفاً فادعى أنه عبد ليجب عليه حد العبد قبل منه لذلك، والأول أصح لأن كل من كان محكوماً بحريته لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه بدليل مجهول النسب ولو سقط الحد لهذا الاحتمال لسقط وإن لم يدع القاذف رقه لأنه موجود وإن لم يدعه.

مسألة: قال: (وينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه شيء ينفق عليه).

وجملته أن اللقيط إذا لم يوجد معه شيء. لم يلزم الملتقط الإنفاق عليه في قول عامة أهل العلم. وقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد. وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية. والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك النفقة كما لو فعله بغير اللقيط. وتجب نفقته في بيت المال. لقول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة: اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته. وفي رواية من بيت المال. ولأن بيت المال وارثه وماله مصروف إليه. فتكون نفقته عليه كقرابته ومولاه. فإن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه أو كان في مكان لا إمام فيه. أو لم يعطِ شيئاً. فعلى من علم حاله من المسلمين الإنفاق عليه لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]. ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب كإنقاذه من الغرق، وهذا فرض كفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقين. فإن تركه الكل أثموا. ومن أنفق عليه متبرعاً فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره. وإن لم يتبرع بالإنفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه إذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وإن أنفق بغير أمر الحاكم محتسباً الرجوع عليه فقال أحمد: تؤدى النفقة من بيت المال. وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه. وقال عمر بن عبد العزيز: يحلف ما أنفق احتساباً. فإن حلف استسعى. وقال الشعبي ومالك والثوري والأوزاعي. وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وابن المنذر هو متبرع به.

ولنا: إنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه، وقد ذكرنا حكم هذا الأصل في موضعه.

فصل: فأما إن وجد مع اللقيط شيء فهو له. وينفق عليه منه. وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي. وذلك لأن الطفل يملك وله يد صحيحة بدليل أنه يرث ويورث، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ. إذا ثبت هذا فكل ما كان متصلاً به أو متعلقاً بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكاً له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لابساً له أو مشدوداً في ملبوسه. أو في يديه أو مجعولاً فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم، والثياب التي تحته والتي عليه، وإن كان مشدوداً على دابة أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار فهي له، وأما المنفصل عنه. فإن كان بعيداً منه فليس في يده، وإن كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه فيه وجهان:

أحدهما: ليس هو له لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد.

والثاني: هو له وهو أصح. لأن الظاهر أنه ترك له فهو له. بمنزلة ما هو تحته ولأن القريب من البالغ يكون في يده. ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده؟ والحمال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه، فأما المدفون تحته فقال ابن عقيل: إن

كان الحفر طرياً فهو له. وإلا فلا لأن الظاهر أنه إذا كان طرياً فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طرياً كان مدفوناً قبل وضعه، وقيل ليس هو بحال لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً. فلم يكن له إذا كان طرياً كالبعيد منه، ولأن الظاهر أنه لو كان له لشدة واضعه في ثيابه ليعلم به. ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه وكلما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة وما هو له أنفق عليه منه. فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لأنه ذو مال فأشبه غيره من الناس.

إذا ثبت هذا: فإن للملتقطه الإنفاق عليه بغير إذن الحاكم ذكره أبو عبد الله بن حامد لأنه ولي له فلم يعتبر فيه الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم كوصي اليتيم، ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الإمام وغيره كتبديد الخمر، وروى أبو الحارث عن أحمد في رجل أودع رجلاً مالاً وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب؟ فقال تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالإنفاق عليهم فلم يجعل له الإنفاق عليهم من غير إذن الحاكم فقال بعض أصحابنا هذا مثله والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين:

أحدهما: أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله فإن له ولاية أخذه وحفظه.

والثاني: أنه ينفق على اللقيط من ماله وهذا بخلافه، ولأن الإنفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجاً إلى ذلك لعدم ماله وعدم نفقة تركها أبوه برسمه، وذلك لا يقبل فيه قول المودع فاحتيج إلى إثبات ذلك عند الحاكم ولا كذلك في مسألتنا فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط ومتى لم يجد حاكماً فله الإنفاق بكل حال لأنه حال ضرورة، وقال الشافعي ليس له أن ينفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكماً، وإن أنفق ضمن بمنزلة ما لو كان لأبي الصغير ودائع عند إنسان فأنفق عليه منه وذلك لأنه لا ولاية له على ماله وإنما له حق الحضانة وإن لم يجد حاكماً ففي جواز الإنفاق وجهان.

ولنا: ما ذكرناه ابتداء ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله فإنا قد بينا أن له أخذه وحفظه وهو أولى الناس به، وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه فإذا ثبت هذا فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكماً لأنه أبعد من التهمة وأقطع للظنة وفيه خروج به من الخلاف وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق. فإذا ثبت هذا فينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم فإذا بلغ اللقيط واختلفا في قدر ما أنفق وفي التفريط في الإنفاق فالقول قول المنفق لأنه أمين فكان القول قوله في ذلك كولي اليتيم.

مسألة: قال: (وولاؤه لسائر المسلمين).

يعني ميراثه لهم فإن اللقيط حر الأصل ولا ولاء عليه. وإنما يرثه المسلمون لأنهم خولوا كل مال لا مالك له ولأنهم يرثون ماله من لا وارث له غير اللقيط فكذلك اللقيط. وقول الخرقي وولاؤه لسائر المسلمين تجوز في اللفظ لاشتراك سائر المسلمين ومن له الولاء في أخذ الميراث

وحيازته كله عند عدم الوارث هذا هو الظاهر وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم، وقال شريح وإسحاق: عليه الولاء لملتقطه لما روى واثلة بن الأسقع قال: قال رسول الله ﷺ: «المرأة تحوز ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه» أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال عمر لأبي جميلة في لقطته هو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه فلم يثبت عليه ولاء كالمعروف نسبه ولأنه إن كان ابن حرين فلا ولاء عليه وإن كان ابن معتقين فلا يكون عليه ولاء لغير معتقهما، وحديث واثلة لا يثبت ما قاله ابن المنذر، وخبر عمر قال ابن المنذر: أبو جميلة رجل مجهول. لا تقوم بحديثه حجة. ويحتمل أن عمر رضي الله عنه عنى بقوله: لك ولاؤه. أي لك ولايته القيام به وحفظه لذلك ذكره عقيب قول عريفه: «إنه رجل صالح» وهذا يقتضي تفويض الولاية إليه لكونه مأموناً عليه دون الميراث. إذا ثبت هذا فإن حكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع إلى بيت المال إذا لم يكن له وارث. فإن كان له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال وإن كانت امرأة لها زوج فله النصف والباقي لبيت المال وإن كانت له بنت أو ذو رحم كبنت بنت أخذت جميع المال لأن الرد وذا الرحم مقدم على بيت المال والله أعلم.

مسألة: قال: (وإن لم يكن من وجد اللقيط أميناً منع من السفر به).

وجملة ذلك: أن الملتقط إن كان أميناً أقر اللقيط في يده لأن عمر رضي الله عنه أقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه: «إنه رجل صالح» ولأنه سبق إليه فكان أولى به لقول النبي ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» وهل يجب الإشهاد عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجب كما لا يجب الإشهاد في اللقطة.

والثاني: يجب لأن القصد بالإشهاد حفظ النسب والحرية فاختص بوجوب الشهادة كالنكاح، وفارق اللقطة فإن المقصود منها حفظ المال فلم يجب الإشهاد فيها كالبيع، فأما إن كان غير أمين فظاهر كلام الخرقي أنه يقر في يديه ويمنع من السفر به لئلا يدعي رقه ويبيعه، وينبغي أن يجب الإشهاد عليه ويضم إليه من يشرف عليه لأننا إذا ضممنا إليه في اللقطة من يشرف عليه فها هنا أولى، وقال القاضي: المذهب أنه ينزع من يديه وهذا قول الشافعي لأنه ليس في حفظ اللقيط إلا الولاية ولا ولاية لفاسق. وفارق اللقطة من أوجه:

أحدها: أن في اللقطة معنى الكسب وليس ها هنا إلا الولاية.

والثاني: أن اللقطة لو انتزعناها منه رددناها إليه بعد الحول. فاحتطنا عليها مع بقائها في يديه. وها هنا لا ترد إليه بعد الانتزاع منه بحال، فكان الانتزاع أحوط.

والثالث: أن المقصود ثم حفظ المال، ويمكن الاحتياط عليه بأن يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها. وهاهنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل إلى

الاستظهار عليه. لأنه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان، ولأن اللقطة إنما يحتاج إلى حفظها والاحتياط عليها عاماً واحداً. وهذا يحتاج إلى الاحتياط عليه في جميع زمانه. وأما على ظاهر قول الخرقي: فلا ينزع منه لأنه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه إياه وسبقه إليه وأمكن حفظ اللقيط في يديه بالإشهاد عليه. وضم أمين يشارفه إليه ويشيع أمره فيعرف أنه لقيط. فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعاً بين الحقين. كما في اللقطة. وكما لو كان الوصي خائناً، وما ذكر من الترجيح للقطة فيمكن معارضته بأن اللقيط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه، واللقطة مستورة خفية تتطرق إليها الخيانة ولا يعلم بها، ولأن اللقطة يمكن أخذ بعضها وتنقيصها وإبدالها. ولا يتمكن من ذلك في اللقيط. ولأن المال محل الخيانة والنفوس إلى تناوله وأخذه داعية بخلاف النفوس فعلى هذا متى أراد الملتقط السفر باللقيط منع منه. لأنه يبعده ممن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه ويبيعه.

فصل: وإذا التقط اللقيط من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر اللقيط في يديه لأن حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه. وفي أكثر الأحكام. ولأن الأصل في المسلم العدالة. ولذلك قال عمر رضى الله عنه: «المسلمون عدول بعضهم على بعض» فإن أراد السفر بلقطته ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقر في يديه. وهذا مذهب الشافعي. لأنه لم يتحقق أمانته فلم تؤمن الخيانة منه.

والثاني: يقر في يديه. لأنه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم إليه. فأشبه العدل، ولأن الظاهر الستر والصيانة، فأما من عرفت عدالته وظهرت أمانته فيقر اللقيط في يده في سفره وحضره. لأنه مأمون عليه إذا كان سفره لغير النقلة.

فصل: فإن كان سفر الأمين باللقيط إلى مكان يقيم به. نظرنا فإن كان التقطه من الحضر فأراد النقل به إلى البادية لم يقر في يده لوجهين:

أحدهما: أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له.

والثاني: أنه إذا وجد في الحضر. فالظاهر أنه ولد فيه. فبقاؤه فيه أرجح لكشف نسبه وظهور أهله. واعترافهم به. فإن أراد النقلة به إلى بلد آخر من الحضر ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقر في يده. ولأن بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه. فلم يقر في يده المنتقل عنه قياساً على المنتقل به إلى البادية.

والثاني: يقر في يده لأن ولايته ثابتة، والبلد الثاني كالأول في الرفاهية فيقر في يده. كما لو انتقل من أحد جانبي البلد إلى الجانب الآخر، وفارق المنتقل به إلى البادية. لأنه يضر به بتفويت الرفاهية عليه. وإن التقطه من البادية فله نقله إلى الحضر لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين، وإن أقام به في حلة يستوطنها فله ذلك. وإن كان ينتقل به

إلى المواضع احتمل أن يقر في يديه. لأن الظاهر أنه ابن بدويين. وإقراره في يدي ملتقطه أرجى لكشف نسبه، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية. لأنه أرفه له وأخف عليه وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه. فإنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع إليه. ممن هو أولى به. فإن لم يوجد من يقوم به أقر في يدي ملتقطه. لأن إقراره في يديه مع قصوره أولى من إهلاكه، وإن لم يوجد إلا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به. إذ لا فائدة في نزعه من يده ودفعه إلى مثله.

فصل: وليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ إذا وجد من يلتقطه سواه، لأن منافعه لسيده. فلا يذهبها في غير نفعه إلا بإذنه. ولأنه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية، ولا ولاية لعبد. فإن التقطه لم يقر في يديه إلا أن يأذن له السيد. فإن أذن له أقر في يديه. لأنه استعان به في ذلك، فصار كما لو التقطه بيده وسلمه إليه. قال ابن عقيل: إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك. وصار كما لو التقطه، والحكم في الأمة كالحكم في المكاتب، فأما إن لم يجد أحداً يلتقطه سواه. وجب التقاطه لأنه تخليص له من الهلاك. فأشبه تخليصه من الغرق، والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالقن وكذلك المكاتب لأنه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه إلا أن يأذن له سيده في ذلك.

فصل: وليس لكافر التقاط مسلم. لأنه لا ولاية لكافر على مسلم، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه الكفر، بل الظاهر أنه يربيه على دينه وينشأ على ذلك كولده، فإن التقطه لم يقر في يده، وإن كان الطفل محكوماً بكفره فله التقاطه. لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض.

فصل: وإن التقطه اثنان وتناولاه تناولاً واحداً. لم يخل من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ممن يقر في يديه كالمسلم العدل الحر. والآخر ممن لا يقر في يديه كالكافر إذا كان اللقيط مسلماً. والفاسق والعبد إذا لم يأذن له سيده والمكاتب فإنه يسلم إلى من يقر في يده. وتكون مشاركة هؤلاء كعدمها. لأنه لو التقطه وحده لم يقر في يده. فإذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى.

الثاني: أن يكونا جميعاً ممن لا يقر في يدي واحد منهما فإنه ينزع منهما ويسلم إلى غيرهما.

الثالث: أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد. إلا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق. لأن ذلك أحظ للطفل، وإن التقط مسلم وكافر طفلاً محكوماً بكفره فالمسلم أحق، وقال أصحابنا وأصحاب الشافعي: هما سواء لأن للكافر ولاية على الكافر ويقر في يده إذا انفرد بالتقاطه فساوى المسلم في ذلك.

ولنا: إن دفعه إلى المسلم أحظ له. لأنه يصير مسلماً فيسعد في الدنيا والآخرة وينجو من النار ويتخلص من الجزية والصغار. فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي إنما يتعلق به توسعة عليه في الإنفاق، وقد يكون الموسر بخيلاً فلا تحصل التوسعة. فإن تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً، فالمسلم أولى. لأن النفع الحاصل له بإسلامه

أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره. وعلى قياس قولهم: في تقديم الموسر. ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده.

الرابع: أن يتساويا في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين فهما سواء فيه فإن رضي أحدهما بإسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز. لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به، وإن تشاحا أقرع بينهما لقول الله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤]. ولأنه لا يمكن كونه عندهما. لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة، وإن تهايآه فجعل عند كل واحد يوماً أو أكثر من ذلك أضر بالطفل، لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والألف. ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو. فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الإقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الإعتاق. والرجل والمرأة سواء. ولا ترجح المرأة ها هنا كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه. لأنها رجحت لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها. والأب يحضنه بأجنبية. فكانت أمه أحظ له وأرفق به. أما ها هنا فإنها أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على ما ذكرنا. فإن كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة. احتمل أن يرجح العدل، لأن المانع من الالتقاط منتف في حقه بغير شك. والأمر مشكوك فيه. فيكون الحظ للطفل في تسليمه إليه أتم، ويحتمل أن يتساويا لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح.

فصل: وإن رأياه جميعاً فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به، لقوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»، وإن رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق إلى أخذه الآخر: فالسابق إلى أخذه أحق لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية: ولو قال أحدهما لصاحبه ناولنيه: فأخذه الآخر نظرنا إلى نيته. فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق، كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه. وإن نوى مناولته فهو للآمر، لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه، فأشبه ما لو توكل في تحصيل مباح.

فصل: فإن اختلفا فقال كل واحد منهما: أنا التقطه. ولا بينة لأحدهما، وكان في يد أحدهما، فالقول قوله مع يمينه أنه التقطه. ذكر ذلك أبو الخطاب. وهذا قول الشافعي، وقال القاضي: قياس المذهب أنه لا يحلف كما في الطلاق والنكاح.

ولنا: قول النبي ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم. لادعى قوم دماء قوم وأموالهم. ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم، فإن كان في يديهما أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه حلف وسلم إليه، وعلى قول القاضي: لا تشرع اليمين ها هنا. ويسلم إليه بمجرد وقوع القرعة له، وإن لم يكن في يد واحد منهما، فقال القاضي وأبو الخطاب يسلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما. لأنه حق لهما، والأولى أن يقرع بينهما، كما لو كان في أيديهما لأنهما تنازعا حقاً في يد

غيرهما. فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما. فإن وصفه أحدهما مثل أن يقول: في ظهره شامة أو بجسده علامة. وذكر شيئاً في جسده مستوراً، فقال أبو الخطاب يقدم بالصفة وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي: لا يقدم بالصفة كما لو وصف المدعي المدعى فإنه لا تقدم به دعواه.

ولنا: إن هذا نوع من اللقطة فقدم بوصفها كلقطة المال. ولأن ذلك يدل على قوة يده فكان مقدماً بها. وقياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها لأن اللقيط لقطة أيضاً، وإن كان لأحدهما بينة قدم بها، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخاً، لأن الثاني إنما أخذ ممن قد ثبت الحق فيه لغيره، وإن استوى تاريخهما أو أطلقتا معاً أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا، وهل يسقطان أو يستعملان؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما.

والثاني: يستعملان ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه كان أولى، وسنذكر ذلك في بابه إن شاء الله تعالى، وإن كان اللقيط في يد أحدهما فهل تقدم بينته على بينة الآخر، أو تقدم بينة الخارج؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال، وإن كان أحد المتداعيين ممن لا تقر يده على اللقيط أقر في يد الآخر ولم يلتفت إلى دعوى من لا يقر في يده بحال.

مسألة: قال: (وإن دعاه مسلم وكافر أري القافة فبأيهما ألحقوه لحق).

يعني إذا ادعي نسبه فلا تخلو دعوى نسب اللقيط من قسمين:

أحدهما: أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه فينظر: فإن كان المدعي رجلاً مسلماً حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه، لأن الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه، ولا مضرة على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال. ثم إن كان المقر به ملتقطه أقر في يده وإن كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط، لأنه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق بولده كما لو قامت به بينة، وإن كان المدعي له عبداً لحق به أيضاً، لأن لمائه حرمة فلحق به نسبه كالحر، وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا تثبت له حضانة لأنه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لأنه لا مال له ولا على سيده لأن الطفل محكوم بحريته، فتكون نفقته في بيت المال، وإن كان المدعي ذمياً لحق به لأنه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فإنه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك، وقال أبو ثور: لا يلحق به، لأنه محكوم بإسلامه.

ولنا: إنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في إقراره إضرار بغيره فيثبت إقراره كالمسلم.

إذا ثبت هذا فإنه يلحق به من النسب لا في الدين، ولا حق له في حضانته، وقال الشافعي في أحد قوليه: يتبعه في دينه لأن كل ما لحق به نسبه لحق به في دينه كالبينة إلا أنه يحال بينه وبينه.

ولنا: إن هذا حكم بإسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب، ولأنها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجردها كدعوى رقه، ولأنه لو تبعه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه لأنه يكون إضراراً به فلم تقبل كدعوى الرق، أما بمجرد النسب بدون اتباعه في الدين فمصلحة عارية عن الضرر فقبل قوله فيه. ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم: الضرر والخزي في الدنيا والآخرة وإن كان المدعي امرأة فاختلف عن أحمد رحمه الله فروي أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين، فثبت النسب بدعواها كالأب ولأنه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر. لأنها تأتي به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل. ولأن في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى. فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها. لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به، وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته، فإن قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره؟ قلنا يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر. فإن قيل: إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبة إلى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بإلحاق نسبه بالمرأة بل إلحاقها بها دون زوجها تطرق للعار إليه وإليها قلنا: بل قبلنا دعواه لأنه يدعي حقاً لا منازع له فيه ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة.

والرواية الثانية: أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضاه أو إلى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة، وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به. وإن لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر. وهذا أيضا وجه لأصحاب الشافعي.

والرواية الثالثة: نقلها الكوسج عن أحمد في امرأة ادعت ولداً إن كان لها إخوة أو نسب معروف لا تصدق إلا ببينة. وإن لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ويتضررون بإلحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال. وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة، فلا يقبل قولها بمجرده كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها.

ولنا: إنها أحد الوالدين فأشبهت الأب، وإمكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل فإنه تمكنه البينة أن هذا ولد على فراشه، وإن كان المدعي أمة فهي كالحرة إلا أننا إذا قبلنا دعواها في

نسبه لم نقبل قولها في رقه لأننا لا نقبل الدعوى فيما يضره كما لم نقبل الدعوى في كفره إذا ادعى نسبه كافر.

القسم الثاني: أن يدعي اثنان فصاعداً والكلام في ذلك في فصول:

أحدها: أنه إذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: المسلم أولى من الذمي والحر أولى من العبد. لأن على اللقيط ضرراً في إلحاقه بالعبد والذمي فكان إلحاقه بالحر المسلم أولى كما لو تنازعوا في الحضانة.

ولنا: إن كل واحد لو انفرد صحت دعواه، فإذا تنازعوا تساووا في الدعوى كالأحرار المسلمين، وما ذكروه من الضرر لا يتحقق فإننا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضانة. بدليل أننا نقدم في الحضانة، الموسر والحضري ولا نقدمهما في دعوى النسب، قال ابن المنذر: إذا كان عبد امرأته أمة في أيديهما صبي فادعى رجل من العرب امرأته عربية أنه ابنه من امرأته فأقام العبد بينة بدعواه أنه ابنه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره. وقال أصحاب الرأي يقضى به للعربي الذي يدخل فيه، وكذلك لو كان المدعى من الموالي عبدهم. وقولهم هذا غير صحيح. لأن العرب وغيرهم في أحكام الله ولحوق النسب بهم سواء.

الفصل الثاني: أنه إذا ادعاه اثنان فكان لأحدهما به بينة فهو ابنه وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا ولا يمكن استعمالهما ها هنا. لأن استعمالها في المال إما بقسمته بين المتداعيين ولا سبيل إليه ها هنا وإما بالإقراع بينهما والقرعة لا يثبت بها النسب فإن قيل: فإن ثبوته ها هنا يكون بالبينة لا بالقرعة، وإنما القرعة مرجحة؟ قلنا: فيلزم أنه إذا اشترك رجلان في وطء امرأة فأتت بولد يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطء لا بالقرعة.

الفصل الثالث: أنه إذا لم تكن به بينة أو تعارضت به بينتان وسقطتا فإنا نريه القافة معهما أو مع عصبتهما عند فقدهما فنلحقه بمن ألحقته به منهما. هذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبد الملك والأوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور، وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة ويلحق بالمدعيين جميعاً. لأن الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين فإن الشبه يوجد بين الأجانب وينفى بين الأقارب ولهذا روي عن النبي ﷺ «أن رجلاً أتاه فقال: يا رسول الله ﷺ إن امرأتي ولدت غلاماً أسود فقال: هل لك من إبل؟ قال نعم: قال: فما ألوانها؟ قال: حمر. قال فهل فيها من أورق؟ قال نعم. قال أنى أتاها ذلك؟ قال لعل عرقاً نزع. قال وهذا لعل عرقاً نزع» متفق عليه. قالوا ولو كان الشبه كافياً لاكتفى به في ولد الملاعنة وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون.

ولنا: ما روي عن عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ دخل عليها يوماً مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: ألم تري أن محرزاً المدلجي نظر آنفاً إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض؟» متفق عليه. فلولا جواز الاعتماد على

القافة لما سر به النبي ﷺ ولا اعتمد عليه، ولأن عمر رضي الله عنه قضى بـه بحضرة الصحابـة فلم ينكره منكر فكـان إجماعـاً ويدل عـلى ذلك قـول النبي ﷺ في ولد الملاعنة «انـظروها فـإن جاءت به أحمش الساقين كأنه وحرة(١) فلا أراه إلا قد كذب عليها، وإن جاءت به أكحل جعداً جمالياً سابغ الأليتين خدلج الساقـين فهو للذي رميت بـه. فأتت بـه على النعت المكـروه. فقال النبي ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» فقد حكم بـه النبي ﷺ للذي أشبهه منهـما، وقولـه «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» يدل على أنه لم يمنعـه من العمل بـالشبه إلا الأيمـان، فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه. وكذلك قول النبي ﷺ في ابن أمة زمعة حين رأى به شبهاً بيناً بعتبة بن أبي وقاص «احتجبي منه يا سودة» فعمـل بالشبـه في حجب سودة عنـه فإن قيـل: فالحديثان حجة عليكم إذ لم يحكم النبي ﷺ بالشبه فيهما، بل ألحق الولد بـزمعة وقـال لعبد بن زمعة «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفـراش وللعاهـر الحجر» ولم يعمـل بشبه ولـد الملاعنـة في إقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف: قلنا إنما لم يعمل به في ابن أمة زمعة لأن الفراش أقوى وترك العمـل بالبينـة لمعارضـة ما هـو أقوى منه لا يوجب الإعـراض عنه إذا خلت عن المعـارض، وكذلك ترك إقامة الحد عليها من أجل أيمانها بدليل قوله «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» على أن ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحـاق النسب فإن الحـد في الزنـا لا يثبت إلا بأقوى البينات وأكثرها عدداً وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات، ويدرأ بـالشبهات والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة، ويثبت بمجرد الدعوى ويثبت مع ظهور انتفـائه حتى لو أن امرأة أتت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقه ولـدها، فكيف يحتـج على نفيه بعدم إقامة الحد؟ ولأنه حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة، فجاز كقول المقومين، وقولهم إن الشبه يجوز وجوده وعـدمه قلنـا الظاهـر وجوده ولهـذا قال النبي ﷺ حـين قالت أم سلمة: «أو ترى ذلك المرأة؟ قال: فمن أين يكون الشبه؟» والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم، لأن إنكار الرجل ولده لمخالفة لونـه وعزمـه على نفيـه لذلـك يدل عـلى أن العادة خلافه وأن في طباع الناس إنكاره، وأن ذلك إنما يوجـد نادراً وإنمـا ألحقه النبي ﷺ بـه لوجـود الفراش وتجوز مخالفة الظاهر لدليل، ولا يجـوز تركـه من غير دليـل ولأن ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منـه ضعفه عن إثبـاته، فـإن النسب يحتاط لإثبـاته ويثبت بـأدنى دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وأنـه لا ينتفي إلا بأقـوى الأدلة كـما أن الحد لمـا انتفى بالشبـه لم يثبت إلا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبـه في الخبر المـذكور أن لا يثبت بـه النسب في مسألتنا فإن قيل: فها هنا إذا علمتم بالقيافة فقد نفيتم النسب عمن لم تلحقه القافة به، قلنا: إنما انتفى النسب ها هنا لعدم دليله لأنه لم يوجد إلا مجرد الدعوى، وقـد عارضهـا مثلها فسقط حكمها، وكان الشبه مرجحاً لأحدهمـا فانتفت دلالـة أخرى فلزم انتفـاء النسب لانتفاء دليله، وتقديم اللعان لا يمنع العمل به عند عدمه، كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها.

---

(١) أحمش الساقين: دقيقهما، والوحرة وزغة: أي حشرة كسام أبرص.

فصل: والقافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف، وقيل أكثر ما يكون في بني مدلج رهط محرز المدلجي الذي رأى أسامة وأباه زيداً قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: «إن هذه الأقدام بعضها من بعض» وكان إياس بن معاوية المزني قائفاً، وكذلك قيل في شريح. ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة حراً لأن قوله حكم، والحكم تعتبر له هذه الشروط، قال القاضي: وتعتبر معرفة القائف بالتجربة وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ويرى إياهم فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله لأنا تبينا خطأه، وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه فإن ألحقه به لحق، ولو اعتبر بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فإذا ألحقه بقريبه علمت إصابته، وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة إصابته، وإن لم نجربه في الحال بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة أو صحة المعرفة في مرات كثيرة جاز.

وقد روينا «أن رجلاً شريفاً شك في ولد له من جاريته وأبى أن يستلحقه فمر به إياس بن معاوية في المكتب وهو لا يعرفه فقال: ادع لي أباك فقال له المعلم ومن أبو هذا؟ قال فلان، قال من أين علمت أنه أبوه؟ قال هو أشبه به من الغراب بالغراب، فقام المعلم مسروراً إلى أبيه فأعلمه بقول إياس فخرج الرجل وسأل إياساً فقال من أين علمت أن هذا ولدي؟ فقال سبحان الله وهل يخفى على أحد أنه أشبه بك من الغراب بالغراب؟ فسر الرجل واستلحق ولده» وهل يقبل قول واحد أو لا يقبل إلا قول اثنين؟ فظاهر كلام أحمد أنه لا يقبل إلا قول اثنين فإن الأثرم روي عنه أنه قيل له إذا قال أحد القافة هو لهذا وقال الآخر هو لهذا؟ قال لا يقبل واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين، فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا. لأنه قول يثبت به النسب. فأشبه الشهادة، وقال القاضي يقبل قول الواحد لأنه حكم ويقبل في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال إذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا، فإن قال اثنان قولاً وخالفهما واحد فقولهما أولى لأنهما شاهدان فقولهما أقوى من قول واحد، وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع وإن عارض قول الاثنين ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لو كانت إحدى البينتين اثنين والأخرى ثلاثة فأكثر، فأما إن ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقاً بالأول لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم ومتى حكم الحاكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره له وكذلك إن ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره لذلك فإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف لأنه بدل فيسقط بوجود الأصل كالتيمم مع الماء.

فصل: وإن ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لأن الحرية والإسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد، وإنما قبلنا قول القائف في النسب للحاجة إلى إثباته ولكونه غير مخالف للظاهر ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ولا حاجة إلى إثبات رقه وكفره، وإثباتهما يخالف الظاهر.

ولو ادعى نسب اللقيط إنسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الأول لأنه حكم له به، فلا يزول بمجرد الدعوى، فإن ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الأول، لأنها بينة في إلحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة.

فصل: وإذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد. وهذا يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهو قول أبي ثور. وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى، وقال الشافعي :لا يلحق بأكثر من واحد، فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه «أن القافة قالت: قد اشتركا فيه فقال عمر: وال أيهما شئت» ولأنه لا يتصور كونه من رجلين فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأمين، ولأن المدعيين لو اتفقا على ذلك لم يثبت، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا. ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما.

ولنا: ما روى سعيد في سننه ثنا سفيان عن يحيى عن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف :قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما وبإسناده عن الشعبي قال وعلي يقول «هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه» ورواه الزبير بن بكار بإسناده عن عمر. وقال الإمام أحمد: حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما وقابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما، وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في «رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاماً يشبههما فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه» قال سعيد: عصبته الباقي منهما، وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وإن صح فيحتمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر إما لعدم ثقتهما وإما لأنه ظهر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولهما في أنهما اشتركا فيه. قال أحمد إذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه، فإن مات أحدهما فهو للباقي منهما ونسبه من الأول قائم لا يزيله شيء. ومعنى قوله «هو للباقي منهما» والله أعلم أنه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدات والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذه جميع الزوجات.

فصل: وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحمد في رواية مهنا. أنه يلحق بثلاثة: ومقتضى هذا أنه يلحق بمن ألحقته القافة وإن كثروا. قال أبو عبد الله بن حامد: لا يلحق بأكثر من اثنين وهول قول أبي يوسف لأنا صرنا إلى ذلك للأثر فيقتصر عليه وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن، وروي ذلك عن أبي يوسف أيضاً.

ولنا: إن المعنى الذي لأجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه وإذا جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك وقولهم إن إلحاقه بالاثنين على خلاف الأصل

ممنوع وإن سلمناه لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعدية الحكم به كما أن إباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الأصل لا يمنع من أن يقاس على ذلك مال غيره والصيد الحرمي وغيرهما من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك، وأما قول من قال إنه يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزاد على ذلك فتحكم فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدي الحكم إلى كل ما وجد فيه المعنى ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصاً يقتضي إلحاق النسب بهم فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم.

فصل: وإذا لم توجد قافة أو أشكل الأمر عليها أو تعارضت أقوالها أو وجد من لا يوثق بقوله لم يرجح أحدهما بذكر علامة في جسده لأن ذلك لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال واللقيط، ويضيع نسبه، هذا قول أبي بكر وقد أومأ إليه أحمد رحمه الله في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد إلى أن الابن يخير أيهما أحب وهو قول أبي عبد الله بن حامد قال يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من أحب منهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر: «وال أيهما شئت» ولأن الإنسان يميل بطبعه إلى قريبه دون غيره ولأنه مجهول نسبه أقر به من هو من أهل الإقرار وصدقه المقر له فيثبت نسبه كما لو انفرد، وقال أصحاب الرأي يلحق بالمدعيين بمجرد الدعوى لأن كل واحد منهما لو انفرد سمعت دعواه فإذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كما لو أقر له بمال.

ولنا: إن دعواهما تعارضتا ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعيا رقه، وقولهم يميل بطبعه إلى قرابته قلنا إنما يميل إلى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل ولا سبب قبله ولو ثبت أنه يميل إلى قرابته لكنه قد يميل إلى من أحسن إليه فإن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها وبغض من أساء إليها وقد يميل إليه لإساءة الآخر إليه وقد يميل إلى أحسنهما خلقاً أو أعظمهما قدراً أو جاهاً أو مالاً فلا يبقي للميل أثر في الدلالة على النسب، وقولهم إنه صدق المقر بنسبه قلنا لا يحل له تصديقه فإن النبي ﷺ لعن من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه وهذا لا يعلم أنه أبوه فلا يأمن أن يكون ملعوناً بتصديقه ويفارق ما إذا انفرد فإن المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق، وأما قول عمر «وال من شئت» فلم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة فإنه إنما أمره بالموالاة لا بالانتساب، وعلى قول من جعل له الانتساب إلى أحدهما لو انتسب إلى أحدهما ثم عاد وانتسب إلى الآخر ونفى نسبه من الأول أو لم ينتسب إلى واحد لم يقبل منه لأنه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره، ويفارق الصبي الذي يخير بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد الآخر إذا اختاره فإنه لا حكم لقول الصبي وإنما تبع اختياره وشهوته فأشبه ما لو اشتهى طعاماً في يوم ثم اشتهى غيره في يوم آخر وإن قامت للآخر بنسبه بينة عمل بها وبطل انتسابه لأنها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فلأن تبطل الانتساب أولى، وإن وجدت قافة بعد انتسابه فألحقته بغير من انتسب إليه بطل انتسابه أيضاً لأنه أقوى فبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة.

فصل: وإن ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبني على قبول دعوتها، فإن كانتا ممن لا تقبل دعوتها لم تسمع دعوتها، وإن كانت إحداهما ممن تسمع دعوتها دون الأخرى فهو ابن لها كالمنفردة به، وإن كانتا جميعاً ممن تسمع دعوتهما فهما في إثباته بالبينة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين. قال أحمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف، فقيل يرى القافة. فقال ما أحسنه ولأن الشبه يوجد بينها وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته والكافرة والمسلمة والحرة والأمة في الدعوى واحدة كما قلنا في الرجل، وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون فيه بقبول دعوتها، وإن ألحقته القافة بأمين لم يلحق بهما وبطل قول القافة لأننا نعلم خطأه يقيناً، وقال أصحاب الرأي: يلحق بهما بمجرد الدعوى لأن الأم أحد الأبوين فجاز أن يلحق باثنين كالآباء.

ولنا: إن كونه منهما محال يقيناً فلم يجز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما وفارق الرجلين فإن كونه منهما ممكن فإنه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر «قد اشتركا فيه» ولا يلزم من إلحاقه بمن يتصور كونه منه إلحاقه بمن يستحيل كونه منه كما لم يلزم من إلحاقه بمن يولد مثله لمثله إلحاقه بأصغر منه.

فصل: فإن ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما أو وطء شبهة فيلحق بهما جميعاً ويكون ابنهما بمجرد دعواهما كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى، وإن قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل، وهل ترجح زوجته على الأخرى؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: ترجح لأن زوجها أبوه، فالظاهر أنها أمه، ويحتمل أن يتساويا لأن كل واحدة منهما لو انفردت لألحق بها فإذا اجتمعتا تساوتا.

فصل: وإن ولدت امرأتان ابناً وبنتاً فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت احتمل وجهين:

أحدهما: أن ترى المرأتين القافة مع الولدين فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر.

والثاني: أن نعرض لبنيهما على أهل الطب والمعرفة فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه وزنته، وقد قيل: لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة، فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للأخرى، فإن لم يوجد قافة اعتبرنا اللبن خاصة، وإن تنازعا أحد الولدين وهما جميعاً ذكران أو أنثيان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم.

فصل: ولو ادعى اللقيط رجلان فقال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي، نظرنا فإن كان ابناً فهو لمدعيه وإن كانت بنتاً فهي لمدعيها. لأن كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه، وإن كانت خنثى مشكلاً أري القافة معهما لأنه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر، وإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لأن بينة الكاذب منهما كاذبة وجودها كعدمها والأخرى صادقة فيتعين الحكم بها.

فصل: وإذا وطيء رجلان امرأة في طهر واحد وطأً يلحق النسب بمثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يطآ جارية مشتركة بينهما في طهر أو يطأ رجل امرأة آخر أو أمته بشبهة في الطهر الذي وطئها زوجها أو سيدها فيه بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمته أو يدعو زوجته في ظلمة فتجيبه زوجة آخر أو جاريته أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجاً فاسداً أو يكون نكاح أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً مثل أن يطلق رجل امرأته فنكحها آخر في عدتها ووطئها أو يبيع جارية فيطؤها المشتري قبل استبرائها وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما فإنه يرى القافة معهما فبأيهما ألحقوه لحق، والخلاف فيه كالخلاف في اللقيط.

فصل: وإذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة، وإن كانت مخالفة لظاهر الدار فإن لم تكن له بينة فلا شيء له لأنها دعوى تخالف الظاهر وتخالف دعوى النسب من وجهين:

أحدهما: أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق مخالفة له.

والثاني: أن دعوى النسب نثبت بها حقاً للقيط ودعوى الرق نثبت حقاً عليه فلم تقبل بمجردها كما لو ادعى رق غير اللقيط، فإذا لم تكن له بينة سقطت الدعوى، وإن كانت له بينة لم تخل إما أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة فإن شهدت بالملك أو باليد لم تقبل فيه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين؛ وإن شهدت بالولادة قبل فيه امرأة واحدة أو رجل واحد، لأنه مما لا يطلع عليه الرجال ثم ننظر فإن شهدت البينة باليد فإن كانت للملتقط لم يثبت بها ملك لأننا عرفنا سبب يده؛ فإن كانت لأجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه في الملك. وإن شهدت بالملك فقالت نشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وإن لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب، فإن شهدت بأن أمته ولدته في ملكه حكم له به لأن أمته لا تلد في ملكه إلا ملكه، وإن شهدت أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه احتمل أن يثبت له الملك بذلك، كقولها في ملكه لأن أمته ملكه فنماؤها ملكه كسمنها. واحتمل أن لا يثبت الملك لأنه يجوز أن تلده قبل ملكه لها فلا تكون له وهو ابن أمته.

فصل: وإن ادعى رق اللقيط بعد بلوغه مدع كلف إجابته فإن أنكر ولا بينة للمدعي لم تقبل دعواه وإن كانت له بينة حكم له بها فإن كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لأنه بان أنه تصرف بغير إذن سيده وإن لم تكن بينة فأقر الرق نظرنا فإن كان

اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق، لأنه اعترف بالحرية وهو حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطاله، وإن لم يكن اعترف بالحرية احتمل وجهين.

أحدهما: يقبل وهو قول أصحاب الرأي لأنه مجهول الحال أقر بالرق فيقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق كما لو أقر بقصاص أو حد فإنه يقبل وإن تضمن ذلك فوات نفسه، ويحتمل أن لا يقبل وهو الصحيح لأنه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ولأنه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما ذكرنا ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه لأنه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان إقراره باطلاً، وهذا قول القاسم وابن المنذر وللشافعي وجهان كما ذكرنا فإن قلنا يقبل إقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي لأنه أقر بما يوجب حقاً له فوجب أن يثبت ما عليه دون ما له كما لو قال لفلان علي ألف درهم ولي عنده رهن ويحتمل أن يقبل إقراره في الجميع. وهو القول الثاني للشافعي لأنه ثبت ما عليه فيثبت ما له كالبينة ولأن هذه الأحكام تبع للرق فإذا ثبت الأصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة تثبت ويثبت النسب تبعاً لها وأما إن أقر بالرق ابتداء لرجل فصدقه فهو كما لو أقر به جواباً وإن كذبه بطل إقراره ثم إن أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز، وقال بعض أصحابنا يتوجه أن لا يسمع إقراره الثاني لأن إقراره الأول تضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى هذا المقر فإذا بطل إقراره برد المقر له بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره، فلم يقبل إقراره بما نفاه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق.

ولنا: إنه إقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع إقراره ثانياً كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الأول. وفارق الإقرار بالحرية فإن إقراره بها لم يبطل ولم يرد.

فصل: إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى. فإن كان ذكراً فإن كان قبل الدخول فسد نكاحه في حقه لأنه مقر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده، ولها عليه نصف المهر، لأنه حق عليه فلم يسقط بقوله، وإن كان بعد الدخول فسد نكاحه أيضاً ولها عليه المهر جميعه لما ذكرنا لأن الزوج يملك الطلاق فإذا أقر بما يوجب الفرقة لزمته وولده حر تابع لأمه وإن كان متزوجاً بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته لأن ذلك من جناياته ويفديه سيده أو يسلمه وإن كان في يده كسب استوفى المهر منه لأنه لم يثبت إقراره به لسيده بالنسبة إلى امرأته فلا ينقطع حقها منه بإقراره وإن قلنا يقبل قوله في جميع الأحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير إذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه إن لم تكن مدخولاً بها وإن كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى جميعه.في إحدى الروايتين والأخرى خمساه وإن كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح في حقه وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها لإقرارها بفساد نكاحها وأنها أمة تزوجت بغير إذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه إلا بالدخول وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الأقل من المسمى أو مهر المثل لأن المسمى إن كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة

عليه وقولها غير مقبول في حقه وإن كان الأقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه إلا على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ها هنا المسمى قل أو كثر لاعتراف الزوج بوجوبه، وأما الأولاد فأحرار ولا تجب قيمتهم لأنه لو وجب لوجب بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق أولادها بإقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها فإن اخترت المقام على ذلك فأقم وإن شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الإماء أو لم يكن لأننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان إفساداً للعقد جميعه بقولها لأن شروط نكاح الأمة لا تعتبر في استدامة العقد إنما تعتبر في ابتدائه فإن قيل: فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج؟ قلنا لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه فأما الحكم في المستقبل فيمكن إيفاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو يقم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها فإن طلقها اعتدت عدة الحرة لأن عدة الطلاق حق للزوج، بدليل أنها لا تجب إلا بالدخول وسببها النكاح السابق، فلا يقبل قولها في تنقيصها، وإن مات اعتدت عدة الأمة، لأن المغلب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها. ومن قال بقبول قولها في جميع الأحكام فهذه أمة قد تزوجت بغير إذن سيدها فنكاحها فاسد، ويفرق بينهما وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان دخل بها وجب لها مهر أمة نكحت بغير إذن سيدها على ما ذكر في موضعه، وهل ذلك مهر المثل أو المسمى؟ فيه روايتان، وتعتد حيضتين لأنه وطء في نكاح فاسد وأولاده أحرار لاعتقاده حريتها. فإنه مغرور بحريتها وعليه قيمتهم يوم الوضع وإن مات عنها لم تجب عدّة الوفاة.

فصل: وإن كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والأثمان يؤدى مما في يديه وما فضل عليه ففي ذمته. لأن معامله لا يعترف برقه. ومن قال بقبول إقراره في جميع الأحكام قال بفساد عقوده كلها وأوجب رد الأعيان إلى أربابها إن كانت باقية وإن كانت تالفة وجبت قيمتها في رقبته إن قلنا إنما استدان العبد بغير إذن سيده فهو في رقبته وإن قلنا بأن استدانة العبد في ذمته فهذا كذلك ويتبع به بعد العتق لأنه ثبت رضى صاحبه.

فصل: وإن كان قد جنى جناية موجبة للقصاص فعليه القود حراً كان المجني عليه أو عبداً لأن إقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما إذا كان المجني عليه عبداً أو حراً فقبل إقراره فيه وإن كانت الجناية خطأ تعلق أرشها برقبته لأن ذلك مضر به. فإن كان أرشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه وإن كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في إسقاط الزيادة لأن ذلك يضر بالمجني عليه فلا يقبل قوله فيه وقيل تجب الزيادة في بيت المال لأن ذلك كان واجباً للمجني عليه فلا يقبل قوله في إسقاطه. وإن جنى عليها جناية موجبة للقود وكان الجاني حراً سقط لأن الحر لا يقاد منه للعبد وقد أقر المجني عليه بما يسقط القصاص، وإن كانت موجبة لمال يقل بالرق وجب أقل الأمرين وإن كان مساوياً للواجب قبل الإقرار وجب ويدفع الواجب إلى سيده. وإن كان الواجب يكثر لكون قيمته عبداً أكثر من ديته حراً لم يجب إلا أرش الجناية على

الحر ومن قبل قـوله في الأحكـام كلها أوجب أرش الجنـاية عـلى العبد؛ وإن كـان الأرش تحمله العـاقلة إذا كان حـراً سقط عن العاقلة ولم يجب عـلى الجاني لأن إقـراره بـالـرق يتضمن إقـراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل في إيجابه على الجاني فسقط وقيل لا يتحول عن العاقلة ومن قال لا يقبل إقراره في الأحكام كلها أوجب الأرش على الجاني.

فهرس الجزء الخامس